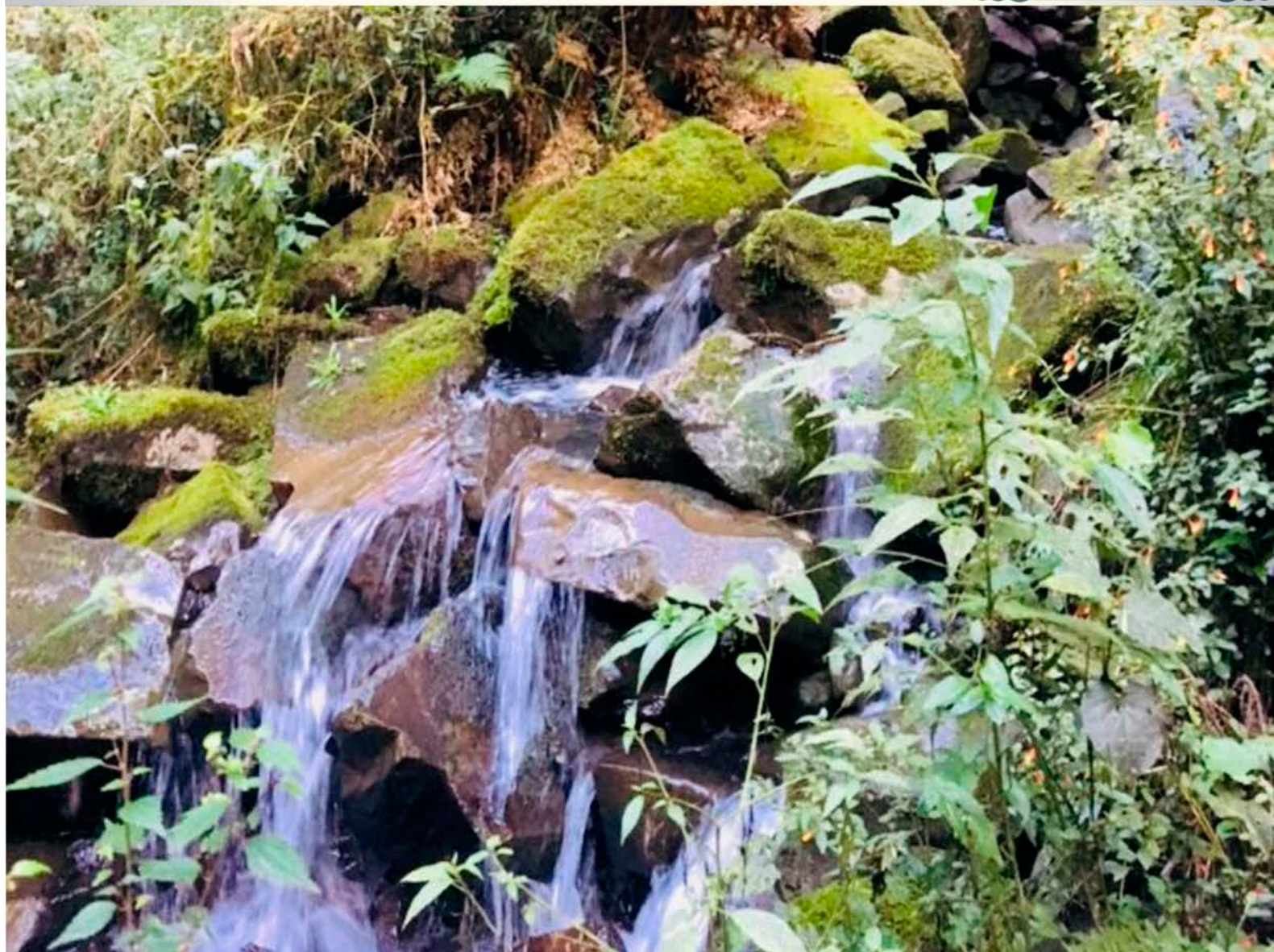


# GOVERNANÇA AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

2018



## ORGANIZADORAS

*Denise Schmitt Siqueira Garcia  
Maria Claudia da Silva Antunes de Souza*

## COORDENADORES

*Gabriel Real Ferrer  
Andrés Molina Gimenez  
Joaquín Melgarejo*



Associação Internacional de Constitucionalismo,  
Transnacionalidade e Sustentabilidade



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



UNIVALI

#### **ORGANIZADORAS**

Denise Schmitt Siqueira Garcia  
Maria Claudia da Silva Antunes de Souza

#### **COORDENADORES**

Gabriel Real Ferrer  
Andrés Molina Gimenez  
Joaquin Melgarejo

## **GOVERNANÇA AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE VOLUME 2018**

#### **AUTORES**

Alexandre dos Santos Priess	Klauss Correa de Souza
Alexandre Morais da Rosa	Marcelo Mendes
Antonio Shiguelo Nakazima Junior	Marco Aurélio Ghisi Machado
Bruna Maria de Carvalho Civinski	Marcus Alexander Dexheimer
Camila Savaris Cornelius	Maria Eugênia Furtado
Danielle Mariel Heil	Patrícia Silva Rodrigues
Denise Schmitt Siqueira Garcia	Rafaela Borgo Koch Schlickmann
Fernanda Pacheco Amorim	Romano José Enzweiler
Frederico Andrade Siegel	Thaís Vandresen
Heloise Siqueira Garcia	Vanessa de Assis Martins
João Carlos Castanheira Pedroza	Vanusa Murta Agrelli
Jorge Antonio Cecyn Junior	Zany Estael Leite Júnior
Júlio César Bernardes	

**ISBN:**



**2018**



### **ORGANIZADORAS**

Denise Schmitt Siqueira Garcia  
Maria Claudia da Silva Antunes de Souza

### **COORDENADORES**

Gabriel Real Ferrer  
Andrés Molina Gimenez  
Joaquin Melgarejo

### **Autores**

Alexandre dos Santos Priess  
Alexandre Morais da Rosa  
Antonio Shigueo Nakazima Junior  
Bruna Maria de Carvalho Civinski  
Camila Savaris Cornelius  
Danielle Mariel Heil  
Denise Schmitt Siqueira Garcia  
Fernanda Pacheco Amorim  
Frederico Andrade Siegel  
Heloise Siqueira Garcia  
João Carlos Castanheira Pedroza  
Jorge Antonio Cecyn Junior  
Júlio César Bernardes  
Klauss Correa de Souza  
Marcelo Mendes  
Marco Aurélio Ghisi Machado  
Marcus Alexsander Dexheimer  
Maria Eugênia Furtado  
Patrícia Silva Rodrigues  
Rafaela Borgo Koch Schlickmann  
Romano José Enzweiler  
Thaís Vandresen  
Vanessa de Assis Martins  
Vanusa Murta Agrelli  
Zany Estael Leite Júnior

### **Diagramação**

Heloise Siqueira Garcia

### **Capa**

Alexandre Zarske de Mello

### **Foto Capa**

Matheus Oliveira de Souza

### **Local Foto**

Arroio do Engenho – Urubici/SC

### **Créditos**

Este e-book foi possível por conta da Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

### **Projeto de Fomento**

Obra com fomento da Academia Judicial do TJSC bem como da Associação Internacional de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade – AICTS.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	6
Prof. Dra. Denise Schmitt Siqueira Garcia.....	7
A INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DOS PRODUTOS “FAST FASHION” E A JUSTIÇA AMBIENTAL .....	8
Denise Schmitt Siqueira Garcia .....	8
Heloise Siqueira Garcia .....	8
PRINCÍPIOS AMBIENTAIS, ABUSO DE DIREITO E SUSTENTABILIDADE .....	25
Alexandre Morais da Rosa .....	25
Fernanda Pacheco Amorim.....	25
A CONCRETIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL: UM DESAFIO PARA A PRESENTE GERAÇÃO .....	41
Antonio Shigueo Nakazima Junior .....	41
A INFLUÊNCIA DA TRADIÇÃO CONTINENTAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO .....	59
Bruna Maria de Carvalho Civinski .....	59
Danielle Mariel Heil.....	59
A DIFERENÇA DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPÉIA: UMA ANÁLISE DA FORMA MAIS EFICAZ .....	77
Camila Savaris Cornelius .....	77
DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE: A introdução de um princípio pelo conhecimento técnico...91	
Frederico Andrade Siegel .....	91
Marco Aurélio Ghisi Machado .....	91
A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA E A (IN) EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NA ERA DA SUSTENTABILIDADE.....	106
Jorge Antonio Cecyn Junior.....	106
Patrícia Silva Rodrigues .....	106
A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA COMO PARADIGMA DE SUSTENTABILIDADE PROPOSTO PARA O ESTADO CONTEMPORÂNEO NO SÉCULO XXI – PERSPECTIVA SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE.....	125
Júlio César Bernardes .....	125
O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E A QUESTÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL .....	139
Klauss Correa de Souza .....	139
João Carlos Castanheira Pedroza .....	139
UMA PROGNOSE ECONÔMICA E SUSTENTÁVEL SOBRE A PROIBIÇÃO ABSOLUTA DE DEMOLIÇÃO DE BENS TOMBADOS.....	157
Marcelo Mendes .....	157
Zany Estael Leite Júnior.....	157

ECOLOGIA E ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE .....	174
Marcus Alexsander Dexheimer .....	174
DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS ÁGUAS .....	190
Rafaela Borgo Koch Schlickmann .....	190
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO AMBIENTAL .....	203
Romano José Enzweiler .....	203
O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO IMPULSIONADO PELO MOVIMENTO DAS “DIRETAS JÁ” E A AMEAÇA À SUSTENTABILIDADE SOCIAL DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DE ELEIÇÕES DIRETAS NO CASO DE CASSAÇÃO DA CHAPA PRESIDENCIAL NOS ÚLTIMOS DOIS ANOS DO MANDATO .....	223
Maria Eugênia Furtado .....	223
Thaís Vandresen .....	223
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE .....	243
Vanessa de Assis Martins .....	243
IMPACTOS CUMULATIVOS E SINÉRGICOS: SOCIALIZAÇÃO DO DANO .....	258
Vanusa Murta Agrelli .....	258

## APRESENTAÇÃO

A presente obra foi organizada a partir de trabalhos apresentados em eventos organizados pela Associação Internacional de Constitucionalismo, transnacionalidade e sustentabilidade – AICTS em parceria com o Programa de Pós-graduação *Stricto sensu* em Ciência Jurídica da Univali e o Instituto de Águas da Universidade de Alicante - Espanha.

O tema central desses eventos ocorridos nos meses de março e de junho de 2018 foram governança ambiental e sustentabilidade. Esses temas estão ligados a linha de pesquisa Sustentabilidade, transnacionalidade e Direito Ambiental dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

Os debates hoje trazidos nos temas que compõe os capítulos dessa obra surgiram nos anos sessenta com os grandes debates mundiais sobre a necessidade de proteção ambiental eis que houve a certeza da finitude desses recursos e da necessidade de sua preservação para manutenção da vida dos seres vivos nesse planeta.

Evidente que não havia como parar completamente a produção e o consumo, mas viu-se a necessidade de sua adaptação a atividades que fossem menos impactantes. Nessas discussões também se verificou que os efeitos da pobreza também eram altamente impactantes e diante dessas constatações houve a introdução do tema da sustentabilidade e suas dimensões. Um dos documentos mais importantes nessa fase inicial dos debates sobre a sustentabilidade foi o Relatório de Brundland que foi publicado em 1987.

Hoje de forma muito mais fundamentada tratamos das dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade cada uma com suas razões teóricas, mas com certeza indissociáveis quando se fala no tema proteção ambiental.

Assim, políticas e governanças que reencontrem uma compatibilização da atividade econômica com o aumento das potencialidades do homem e do meio natural, sem exauri-las; apoiadas por normas de incentivo à pesquisa científica de proteção de recursos naturais e de garantia de uma qualidade ambiental são expressões e debates necessários para o alcance da sustentabilidade.

Diante disso, considerando que os temas aqui tratados se referem a cada uma das

dimensões da sustentabilidade, ambiental, social ou ambiental; bem como com temas ligados a governança vê-se a grandiosidade e importância dessa obra que vai contribuir muito com os grandes debates científicos da atualidade.

**Prof. Dra. Denise Schmitt Siqueira Garcia**

# A INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DOS PRODUTOS “FAST FASHION” E A JUSTIÇA AMBIENTAL

Denise Schmitt Siqueira Garcia<sup>1</sup>

Heloise Siqueira Garcia<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Levando em consideração a temática *fast fashion* e a justiça ambiental, o presente artigo tem como tema principal a análise da possibilidade de internalização das externalidades negativas da produção *fast fashion* e a justiça ambiental.

O desenvolvimento do artigo se dará primordialmente no âmbito da justiça ambiental e da teoria sobre a produção *fast fashion*, onde se buscará analisar em doutrinas nacionais e internacionais relacionadas ao tema, a possibilidade de internalização das externalidades negativas causadas por esse tipo de produção.

Por tudo isto, este artigo terá como objetivo geral analisar a possibilidade de internalização das externalidades negativas dos produtos *fast fashion* com a utilização da justiça ambiental. Os objetivos específicos são: conceituar o que é uma produção de moda *fast fashion*; verificar o que são externalidades negativas geradas pelo sistema produtivo; identificar quais as externalidades negativas geradas pela produção *fast fashion* e apresentar a justiça ambiental como forma de correção dessas externalidades geradas pela produção *fast fashion*.

Portanto, como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: É possível a internalização das externalidades negativas geradas pela produção da moda *fast fashion* através da utilização da teoria da justiça ambiental?

Para tanto o artigo foi dividido em quatro partes: “A moda *fast fashion*”; “Externalidades

---

<sup>1</sup> Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

<sup>2</sup> Doutoranda do PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Email: heloisegarcia@univali.br.



advindas da atividade econômica”; “Externalidades geradas pela produção da moda fast fashion” e “Justiça ambiental como forma de correção dessas externalidades”.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento<sup>3</sup>.

## 1. A MODA FAST FASHION

Desde a Revolução Industrial, que aumentou consideravelmente o volume de produção de mercadorias a nível global, vivemos numa sociedade de crescimento desenfreado, o que resulta numa sociedade de consumo sem responsabilidade ou consciência ambiental.

Consumir e possuir bens representa mais do que simples aquisições, de modo que o valor agregado a esses objetos transcende eles mesmos. “Em resposta à alienação generalizada, a cultura da mídia de massa vem avançando no campo de projeção de identificações, idealizando o consumo como compensação indireta para as frustrações cotidianas”.<sup>4</sup>

Segundo Ulrich Beck<sup>5</sup> vivemos em uma sociedade de risco, onde

[...] na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

A luta é pela internalização desses riscos como forma de manutenção de uma vida plena e feliz, felicidade esta que precisa ser avaliada num contexto do ser e não do ter.

Assim, nessa era que se inicia, com o colapso da modernidade observa-se uma busca desenfreada pelo progresso tecnológico e a propagação de uma ideologia do consumismo constante. Como consequência, vivemos em um mundo no qual aquilo que produzimos precisa ser consumido o mais rápido possível, para que novas produções surjam. Se por um lado isto impede o homem a

---

<sup>3</sup> Conforme estabelecido na obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 58).

<sup>4</sup> MACHADO, Anaclara Toscano de Britto; CEZAR, Marina Seibert. Precisamos falar sobre o trabalho forçado: uma análise do comportamento atual sobre o consumo em massa. *In*: Encontro Nacional de Pesquisa em Moda, 5, junho de 2015, Novo Hamburgo - RS, **Anais...** Novo Hamburgo: Feevale, 2015. Disponível em: <goo.gl/m1p1bzcontent\_copyCopy short URL>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016, p. 4.

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

pesquisar, criar e produzir sempre mais, por outro acarreta um estado de finitude existencial do indivíduo que passa a buscar a felicidade apenas no consumo momentâneo de bens.<sup>6</sup>

Serge Latouche<sup>7</sup> em sua obra “Hecho para tirar”, que traz o tema da obsolescência programada e psicológica, também traz uma crítica a essa sociedade de crescimento, afirmando que a sociedade de crescimento pode ser definida como uma sociedade dominada pela economia do crescimento, onde o objetivo principal e único é crescer por crescer, não se fala em crescer para que possam ser satisfeitas as necessidades já reconhecidas, o que seria justo. E tudo isso faz com que cresçam, de igual fora, a contaminação, os resíduos e a destruição do ecossistema planetário.

La obligación de vender más bienes, de innovar permanentemente, de fomentar un nivel siempre más alto de demanda de consumo es alimentada por la búsqueda del crecimiento. Pero ese imperativo es a partir de ahora tan poderoso que parece minar los intereses de aquellos a los que se supone debe servir.<sup>8</sup>

Diante dessa realidade de uma sociedade de crescimento/risco que possui um consumo desenfreado, há um aumento na quantidade de empresas da moda, que investem milhões no mundo todo e abarcam grande parcela da produção e do consumo mundial.

Não satisfeito, o grande número de produção e consumo, surge nos anos noventa<sup>9</sup> o conceito *fast fashion*, chamado de circuito curto ou *Quick Response System*, que nasce em Sentier, um bairro de Paris, com pequenos comerciantes do setor têxtil que começaram sua produção tardiamente, após a certeza de algumas tendências, para não errar e perder vendas.<sup>10</sup>

O sistema de *fast fashion* é a resposta da indústria a tal aceleração da demanda que se forma e que trabalha com quantidade limitada de mercadoria visando dois objetivos: reduzir as perdas se as vendas não forem satisfatórias quanto esperadas e dar a impressão de que os produtos são semi-exclusivos a um consumidor preocupado com produtos personalizados.<sup>11</sup>

Esse sistema vem atender um consumidor ávido, mas com pouco poder aquisitivo, eis que a

---

<sup>6</sup> SOARES, Josemar Sidinei. Dignidade e Sustentabilidade: fundamentos para uma responsabilidade pessoal, social e jurídica. In: REAL FERRER, Gabriel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes de (orgs.); BODNAR, Zenildo; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (cords.). **Sustentabilidade e suas interações com a Ciência Jurídica**: tomo 01 da Coleção Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Itajaí: Univali, 2016, p. 52.

<sup>7</sup> LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Editorial Octaedro, 2014, 14.

<sup>8</sup> LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada, p. 15.

<sup>9</sup> A primeira teoria que surge acerca do *fast fashion* é na década de 1980, quando a Universidade da Carolina do Norte inicia pesquisas sobre como melhorar a flexibilidade, agilidade e diversidade de fabricantes e varejistas em uma série de indústrias bens de consumo rápido, com respostas de mercado. (SENHORAS, Elói Martins; FERREIRA, Rita de Cássia de Oliveira. Mapeando o segmto da moda fast-fashion. In: Congresso Internacional de Moda e Design, 3, 2016, Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires: CIMODE/UBA, 2016, p. 3)

<sup>10</sup> ERNER, Guillaume. **Vítimas da moda? Como a criamos, por que a seguimos**. São Paulo: Senac, 2005.

<sup>11</sup> DELGADO, Daniela. Fast Fashion: estratégia para conquista do mercado globalizado. **Modapalavra e-periódico**, ano 1, n. 2, ago-dez. 2008, p. 7.

produção advinda da *Fast Fashion* é de baixo custo e se utiliza na maioria das vezes de países com baixo PIB, com pouquíssimos recursos e com pouca proteção como, por exemplo, a China e Bangladesh.

As empresas que trabalham com esse sistema se expandiram rapidamente e mundialmente, chegando ao alcance de um público de todas as classes sociais. Se por um lado tem-se uma democratização da moda, por outro propõe uma atenção redobrada dos consumidores quanto à produção, devendo-se observar o preço baixo que se paga nas peças.<sup>12</sup>

O sistema criado pela indústria *fast fashion* acarreta consequências negativas para o Meio Ambiente. Muitas vezes as pessoas não percebem que desde a produção até o descarte, as peças passam por muitas etapas que envolvem o gasto e desgaste dos produtos naturais. Esse sistema de moda está em oposição à sustentabilidade, mas já começam a aparecer contracorrentes na área, inclusive, vertentes como o *Slow Fashion*, que mostram ser possível aliar a moda e a sustentabilidade.<sup>13</sup>

É comum os estudiosos do mundo da moda proporem incentivos e elogios a esse sistema, no sentido de que tal sistema propicia o giro e o avanço da moda rapidamente, conforme se dá a evolução da própria sociedade. Porém, dos pontos de vista social e ambiental alguns pontos devem ser mais minuciosamente observados, de modo a demonstrar que as desvantagens são maiores que os supostos benefícios apresentados. É o que nos encarregaremos de demonstrar nos próximos itens.

## 2. EXTERNALIDADES ADVINDAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Qualquer atividade econômica realizada gera externalidades, as quais podem ser classificadas como negativas ou positivas.

Conceitua-se externalidade como “[...] os custos ou benefícios que se transferem de determinadas unidades do sistema econômico para outras, ou para comunidade como um todo, fora do mercado”.<sup>14</sup>

Fábio Nusdeo<sup>15</sup> complementa esse conceito dizendo que essas externalidades podem ser consideradas como os custos e benefícios que ficam “incompensados”, pois para eles o mercado

---

<sup>12</sup> RIOS, Marina Pereira. Fast Fashion, sustentabilidade e eco têxteis. In: Colóquio de Moda, 12, setembro de 2016, João Pessoa – PB. *Anais...* João Pessoa: UNIPÊ, 2016.

<sup>13</sup> ARAÚJO, Mariana; BROEGA, Ana Cristina; MORA-RIBEIRO, Silvana. Sustentabilidade na moda e o consumo consciente. In: Seminário Acadêmico da APEC: O Local, o Global e o Transnacional na Produção Acadêmica Contemporânea, 19, junho de 2014, Barcelona. *Anais...* Barcelona: APEC, 2014.

<sup>14</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 307.

<sup>15</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. Introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152.

não consegue imputar um preço. De modo que o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas.

Assim, a externalidade surge: “[...] quando uma pessoa se dedica a uma ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva”.<sup>16</sup>

Nesse viés, pode-se exemplificar como sendo uma externalidade negativa que interfere diretamente no meio ambiente a emissão pelos escapamentos dos veículos de fumaça poluente, o que acarreta a necessidade de criação pelo governo de padrões para essas emissões, interferindo consequentemente na fabricação dos veículos, no preço e na economia.

No caso dos bens livres (ou bens de recursos comuns), sua alocação gratuita pelas forças do mercado (sem considerar sua escassez) faz com que os custos efetivos das atividades não sejam absorvidos pelas unidades produtoras. Isso pode conduzir a falhas do mercado, denominadas custos sociais ou externalidades negativas, pois trazem efeitos negativos à sociedade (face inversa das externalidades positivas, benefícios públicos gerados pelas atividades econômicas de natureza privada). Assim, a poluição e a degradação da qualidade do meio ambiente constituem efeitos externos negativos ou custos sociais da atividade produtiva.<sup>17</sup>

Sendo assim, verifica-se que a externalidade negativa gera um custo social, que pode ser conceituado como “[...] o custo da sociedade incorrido para atingir o objetivo pretendido pela intervenção governamental, considerando também os custos de implementação, institucional, cultural e político”.<sup>18</sup>

A consequência mais importante, e trágica, da externalidade negativa em matéria ambiental e social é que ela não é tradicionalmente computada nem como custo da produção, nem no preço do bem ou serviço produzido. O gerador não é afetado economicamente, mas toda a sociedade pagará pela externalidade, pois o Estado, utilizando recursos orçamentários, deve tentar, na medida do possível, a correção do dano provocado, inclusive buscando evitar a escassez do bem ambiental afetado.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 204.

<sup>17</sup> DUARTE, Marise Costa de Souza. As novas exigências do direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros (org). **Direito Ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 518.

<sup>18</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. p. 307.

<sup>19</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. p. 307.

De outra monta, como externalidade positiva, pode-se exemplificar os gastos e incentivos com a educação, pois uma população mais instruída leva a um governo melhor, o que beneficia a todos.

Nesse sentido, as externalidades negativas fazem com que os mercados produzam uma quantidade maior do que o socialmente desejável, e as externalidades positivas fazem com que os mercados produzam uma quantidade menor do que a socialmente desejável. Para solucionar esse problema, o governo pode internalizar as externalidades, tributando bens que trazem externalidades negativas e subsidiando os bens que trazem externalidades positivas.<sup>20</sup>

Na maioria das vezes essas externalidades são solucionadas pelas autoridades públicas, mas algumas vezes também pela população, de modo que a ação privada pode resolver os problemas dessas externalidades negativas. Pode-se dar como exemplo o fato das pessoas não jogarem lixo em lugares públicos, sendo que embora existam leis contra isso, elas não são aplicadas rigorosamente e mesmo assim as pessoas continuam evitando jogar lixo em lugares públicos, porque essa é a coisa certa a fazer.<sup>21</sup>

Desta forma, resta clara a necessidade de internalização dessas externalidades, tal expressão significa a “[...] necessidade de impor ao poluidor ou autor da degradação ambiental que arque no todo ou em parte com os respectivos custos, como forma de alcançar a justiça social, já que não há direito adquirido de poluir”.<sup>22</sup> Essa ideia está diretamente ligada ao Princípio ambiental do Poluidor-Pagador, tal princípio prevê, como o próprio nome já refere, que “[...] o causador da poluição arcará com seus custos, o que significa dizer que ele responde pelas despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição.”<sup>23</sup>

A proteção do meio ambiental e social depende da eliminação dessas externalidades negativas, dependendo para isso da ação do Poder Público, mas também da conscientização da população/consumidor e da atividade empresarial.

### **3. EXTERNALIDADES GERADAS PELA PRODUÇÃO DA MODA *FAST FASHION***

Diversas são as externalidades negativas geradas pela produção de produtos *fast fashion*,

---

<sup>20</sup> MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. p. 207.

<sup>21</sup> MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. p. 209.

<sup>22</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. p. 307.

<sup>23</sup> LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56-57.

como, por exemplo, poluição ambiental, aumento do consumo irracional, pensamentos de dependência psicológica com o consumo, oscilações do mercado da moda mundial, etc. Porém um dos maiores problemas, que é a preocupação central deste artigo, é a utilização de mão de obra “barata” e na maioria das vezes, escrava.

O termo *sweatshops* define os locais especialmente utilizados pelas empresas têxteis onde as condições de trabalho são socialmente inaceitáveis, e o trabalho pode ser perigoso, difícil e com salários abaixo do mínimo aceitável.<sup>24</sup>

Da terminologia *sweating system* derivou o termo *sweatshop*, criado nos Estados Unidos, no século XIX, para designar o local em que se desenvolve o *sweatingsystem*, um ambiente intermediário entre a residência e a oficina de trabalho do obreiro, com condições deficitárias de controle da produção e da proteção dos trabalhadores. Entre as suas principais características, encontram-se a aglomeração de diversas pessoas no mesmo local, jornadas de trabalho extenuantes, pagamentos irrisórios pelas peças produzidas, degradantes ou inexistentes condições de higiene e segurança. Esse conjunto de fatores torna a confecção de roupas, por meio da extensa rede de subcontratações, um rincão de reserva em que os trabalhadores encontram-se despidos de seus direitos fundamentais e assenhorados para o chefe da casa, que possui, então, o condão de decidir sobre a vida e a morte dos obreiros.

Há uma estimativa de que pelo menos entre 50.000 e 75.000 crianças trabalhavam em indústrias têxteis nesse sistema, quando novas leis decorrentes de tratados internacionais da ONU<sup>25</sup> e das normas internas de cada país proibiram o uso de mão de obra infantil em confecções, isso aproximadamente em 1992, várias delas migraram para trabalhos forçados no campo da mineração, contrabando de objetos roubados, tráfico de drogas e prostituição. Portanto, as violações das condições pioraram muito, em especial nos chamados países subdesenvolvidos.<sup>26</sup>

Diante dessa triste realidade, a UNICEF fez uma declaração dizendo que o trabalho nas chamadas *sweatshops* era menos perigoso e exploratório que as novas atividades apresentadas. Triste inverdade, eis que mesmo sendo considerados trabalhos “mais amenos”, estes ainda continuaram desrespeitando as condições mínimas de um trabalhador e expõem crianças e adultos, na grande maioria, mulheres, a riscos de vida.

Os países que atualmente mais exploram os trabalhadores para esse tipo de produção são

---

<sup>24</sup> SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil. In: ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 10, 2014, Presidente prudente. **Anais do Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente**, Presidente Prudente: Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", 2014. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/4312/4071>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017, p. 4.

<sup>25</sup> Exemplo seria o Child Labor Detterrence Acto de 1992, feito pelo senador Tom Harkin. (SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil, p. 05)

<sup>26</sup> SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil, p. 5.



China, Bangladesch, África do Sul, Hong Kong e Taiwan. Nesses países os trabalhadores que buscam melhores condições de trabalho são espancados, ameaçados de morte e demitidos.<sup>27</sup>

Outra realidade desses países é a existência de uma pobreza extrema que acaba se submetendo a qualquer coisa para poder “sobreviver”, bem como a quase completa ausência de leis trabalhistas eficazes que possam proteger essas pessoas.

Existem vários relatos tristes que demonstram as atrocidades cometidas por essas “indústrias da moda”, apresentam-se alguns destes como forma de tentar demonstrar a gravidade do tema:

1) Na Tailândia, sete crianças com menos de 10 anos estavam sentadas no chão montando bolsas em uma oficina de falsificação, cujos donos haviam quebrado as pernas das crianças e amarrado a perna inferior na coxa de modo que os ossos não se solidificassem e as mesmas ficassem sentadas trabalhando ininterruptamente.<sup>28</sup>

2) Na Índia, Aekesh de 5 anos, brincava na rua quando um homem o raptou juntamente com seus amigos para trabalhos forçados na indústria de fiação de carpetes. Ficaram sob poder dos raptadores por 9 anos, e dois destes morreram – um levou um tiro quando tentou fugir e outro adoeceu e morreu sem tratamento médico. Foram resgatados aos 14 anos, malnutridos, machucados e tão traumatizados que mal conseguiam falar.<sup>29</sup>

3) Na China, um trabalhador saiu de uma fábrica em Guangzhou após 24 horas seguidas de trabalho desmaiou e morreu; um fabricante citou que este é apenas um em milhares de casos que ocorrem na China.<sup>30</sup>

4) Existe também o caso de uma indústria têxtil que funcionava em Bangladesh. Em um dos centros comerciais de confecção situado em Savar, subúrbio de Bangladesh, havia um prédio de 08 andares que circulava em média 5.000 trabalhadores por dia. Após rachaduras localizadas em suas paredes, mesmo após comunicados do perigo de desabamento desse prédio, costureiras foram obrigadas a continuar trabalhando sob pena de terem o dia descontado. Na manhã de 24 de abril de 2013, o prédio desabou e os bombeiros afirmam que aproximadamente 2000 pessoas trabalhavam no local.<sup>31 32</sup>

---

<sup>27</sup> SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil, p. 5.

<sup>28</sup> THOMAS, Dana. **Deluxe, como o luxo perdeu seu brilho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 263.

<sup>29</sup> SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil, p. 5.

<sup>30</sup> THOMAS, Dana. **Deluxe, como o luxo perdeu seu brilho**, p. 187.

<sup>31</sup> SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil, p. 11.

Há quem defenda a evolução desse tipo de indústria e comércio, afirmando que seria melhor isso do que nada sob o argumento de que essas pessoas devem agradecer por terem um emprego e poderem sobreviver, o que na verdade é uma falácia construída pelas empresas têxteis opressoras que querem a qualquer custo o lucro rápido e alto. Contudo, a partir da realidade observada e apresentada acima através de alguns exemplos citados acima, a nosso ver, não existem argumentos existentes e possíveis para a sua defesa.

[...] o Relatório de Consumo Verde e Ético da Mintel destaca que o uso do trabalho infantil é uma das maiores preocupações dos consumidores, estando ao lado da reciclagem, do aquecimento global, da energia renovável e da destruição de florestas. Além disso, '[...] 76% das pessoas acham que o fim do trabalho infantil e da exploração da mão de obra são muito importantes para a produção ética, seguidos por itens como oferecer um preço justo aos produtores (60%) e limitar os danos causados ao meio ambiente (50%).' (LEE, 2009, p. 100).<sup>33</sup>

Verifica-se que várias são as externalidades negativas geradas por essa atividade econômica exploratória praticada pelas empresas têxteis que se utilizam de uma produção *fast fashion*, como, por exemplo: trabalho escravo, violação de direitos humanos, problemas de saúde, psicológicos,.

#### 4. JUSTIÇA AMBIENTAL COMO FORMA DE CORREÇÃO DESSAS EXTERNALIDADES

Para a doutrina clássica ambiental tem-se cada vez mais trabalhado conceitos como o da Justiça Ambiental a partir da observação da disparidade nas relações ambientais entre pessoas de regiões distintas ou capacidades econômicas díspares. A ideia de Justiça Ambiental surgiria, então, como a ideia de justiça na distribuição do ambiente entre as pessoas.

Conforme leciona Carvalho<sup>34</sup>, a justiça ambiental, pela autora sinônimo de justiça social, “[...] baseia-se na noção de que a dimensão dos recursos naturais e a desestabilização dos ecossistemas podem atingir de modo desigual e injusto, determinadas pessoas ou grupos de indivíduos.” Por tais fundamentos, sua razão de existir é de constituição de uma nova expectativa que integre lutas e movimento sociais e ambientais além dos conflitos de distribuição ecológica dos recursos naturais.

---

<sup>32</sup> Esse fato também pode ser visto no documentário THE True Cost. Direção: Andrew Morgan, Estados Unidos: BullFrog Films, 2015. (92 min).

<sup>33</sup> SCHULTE, Neide Köhler; LOPES, Luciana. A moda no contexto da sustentabilidade. **ModaPalavra e-Periódico**, ano 6, n. 11, jul-dez 2013, p. 198.

<sup>34</sup> CARVALHO, Sônia Aparecida de. Justiça Social e Ambiental: um instrumento de consolidação à sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 9, n. 2, p. 755-779, 2º quadrimestre de 2014, p. 776.

Destaca Acselrad<sup>35</sup> que a problemática da discussão acerca da Justiça Ambiental se funda primordialmente na argumentação de que nem os defensores da modernização ecológica, nem os teóricos da Sociedade de Risco tiveram êxito em incorporar a diversidade social na construção do risco, tampouco a presença de uma lógica política que orientasse a distribuição desigual dos danos ambientais, tendo os movimentos por Justiça Ambiental surgido neste contexto.

Carvalho<sup>36</sup> ainda reitera que lógica é a articulação entre a degradação ambiental e a injustiça social, contudo a modernização ecológica e “[...] a sociedade de risco não vinculam a diversidade social na construção do risco e a política para orientar a distribuição desigual dos danos ambientais.”

Pelos ensinamentos de Acselrad<sup>37</sup>, o movimento de Justiça Ambiental teria seu germe inicial nos Estados Unidos nos anos 80, a partir de uma articulação criativa entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis.

O movimento foi se afirmando a partir da experiência concreta da luta desenvolvida em Afton, condado de Warren, na Carolina do Norte, em 1982. “A partir de lutas de base contra iniquidades ambientais a nível local, similares à de Afton, o movimento elevou a ‘justiça ambiental’ à condição de questão central na luta pelos direitos civis.”<sup>38</sup> Quase que simultaneamente o movimento induziu a incorporação da desigualdade ambiental na agenda do movimento ambientalista tradicional.

Seguindo, a partir de 1987, diversas organizações começaram a discutir mais intensamente as ligações entre raça, pobreza e poluição, e pesquisadores iniciaram estudos sobre as ligações dos problemas ambientais e a desigualdade social, procurando, inclusive, elaborar instrumentos de uma “Avaliação de Equidade Ambiental” que viesse a incorporar variáveis sociais nos estudos tradicionais de avaliação de impacto.<sup>39</sup>

Porém as reais mudanças se apresentaram a partir de 1990, quando as implicações dos estudos começaram a apresentar resultados a nível do Estado, quando a *Environmental Protection Agency*, do governo americano, criou um grupo de trabalho com o intuito de estudar o risco

---

<sup>35</sup> ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental e Construção Social do Risco. In: Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, XIII, 2002. Outro Preto – MG. **Anais...** Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT\\_MA\\_ST5\\_Acelrad\\_texto.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_MA_ST5_Acelrad_texto.pdf)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017, p. 4.

<sup>36</sup> CARVALHO, Sônia Aparecida de. Justiça Social e Ambiental: um instrumento de consolidação à sustentabilidade, p. 760.

<sup>37</sup> ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental e Construção Social do Risco, p. 6.

<sup>38</sup> ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental e Construção Social do Risco, p. 6.

<sup>39</sup> ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental e Construção Social do Risco, p. 8.

ambiental em comunidades de baixa renda.<sup>40</sup>

A seguir, em 1991, foi aprovado na I Cúpula Nacional de Lideranças Ambientistas de Povos de Cor, os “17 Princípios da Justiça Ambiental”, “[...] estabelecendo uma agenda nacional para redesenhar a política ambiental dos EUA de modo a incorporar a pauta das ‘minorias’, comunidades ameríndias, latinas, afroamericanas e asiáticoamericanas, tentando mudar o eixo de gravidade da atividade ambientalista nos EUA.”<sup>41</sup>

Foi a partir deste momento que o movimento da Justiça Ambiental consolidou-se como uma rede multicultural e multirracial, em um primeiro momento num contexto nacional americano, e posteriormente a nível internacional.

A partir de todo esse contexto que surge, então, a noção da Justiça Ambiental, Carvalho<sup>42</sup> destaca que ela surge “[...] a partir do momento em que a dimensão dos recursos naturais e a desestabilização dos ecossistemas podem afetar, de modo desigual e injusto, determinados grupos sociais, em certas áreas geográficas.”

Segundo Vieira<sup>43</sup>, o seu conceito se apresenta como uma nova concepção na abordagem da questão ambiental, sendo que visa a conjugação de fatores ambientais e de caráter técnico. Passa-se a reconhecer os saberes e os fazeres populares, bem como as suas construções culturais sobre o seu ambiente como fatores determinantes no trato jurídico dos conflitos incidentes sobre bens socioambientais. É uma verdadeira fonte de renovação do Direito Ambiental para um Direito da Sustentabilidade.

Nesse viés, a Justiça Ambiental pode ser concebida a partir da

[...] distribuição equitativa de riscos, custos e benefícios ambientais, independentemente de fatores não justificáveis racionalmente, tais como etnia, renda, posição social e poder; o igual acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios de caráter ambiental, traduzindo-se em sua democratização.<sup>44</sup>

Leff<sup>45</sup> a define como “[...] um conjunto de direitos que problematiza todo o sistema

---

<sup>40</sup> ACSELRAD, Henri. *Justiça Ambiental e Construção Social do Risco*, p. 8.

<sup>41</sup> ACSELRAD, Henri. *Justiça Ambiental e Construção Social do Risco*, p. 8.

<sup>42</sup> CARVALHO, Sônia Aparecida de. *Justiça Social e Ambiental: um instrumento de consolidação à sustentabilidade*, p. 763.

<sup>43</sup> VIEIRA, Ricardo Stanziola. *Justiça Ambiental e a Violação dos Direitos Humanos Socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo*. In: CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **O Direito Contemporâneo e diálogos científicos UNIVALI e Perugia** - Edição Comemorativa 10 anos do Convênio de Dupla Titulação entre a UNIVALI e a UNIPG. Perugia: UNIPG, 2016, p. 256.

<sup>44</sup> VIEIRA, Ricardo Stanziola. *Justiça Ambiental e a Violação dos Direitos Humanos Socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo*, p. 257.

<sup>45</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 365.

jurídico, tanto sua racionalidade formal como seus princípios axiológicos e seus instrumentos normativos”.

Ainda, nos dizeres de Selene Herculano<sup>46</sup>, Justiça Ambiental pode ser compreendida como

[...] o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas.

Complementarmente em sua dicotomia, Injustiça Ambiental poderia ser compreendida como “[...] o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis.” As injustiças ambientais “[...] são as implicações das opressões de classe, raça e gênero.”<sup>47</sup>

Por tais considerações observa-se que o desenvolvimento do estudo da Justiça Ambiental, com o consequente fortalecimento do acesso à justiça em matéria ambiental, pode ajudar a superar as omissões e ineficiências do Poder Público no que diz respeito ao controle de atividades degradadoras, bem como implementar e executar os programas de ação e políticas públicas ambientais.<sup>48</sup>

Para o alcance dessa justiça ambiental no âmbito do mundo da moda, ora estudado, faz-se necessária a busca por mudanças que devem aprimorar os produtos da moda com o uso mais eficiente dos recursos, condições de trabalho mais dignas, redução do uso de substâncias químicas e diminuição da poluição.

Percebe-se que o maior desafio é a transformação do pensamento da indústria atual da moda. Essa transformação pode começar pela atitude dos consumidores que devem analisar a produção da roupa que estão comprando.

Portanto, antes de comprar uma peça de roupa, o consumidor deve saber que por trás dela existem pessoas que trabalharam em cada parte do processo, que têm direito a ter uma vida digna como cidadão principalmente na atividade profissional. Exigir que tenham salários justos e ser contra a exploração destes trabalhadores – que incluem comumente crianças – é contribuir na construção de uma humanidade mais sustentável.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> HERCULANO, Selene. O clamor por Justiça Ambiental e contra o racismo ambiental. **InterfacEHS, Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**, São Paulo, v. 3, n. 1, artigo 2, jan/abril de 2008, p. 2.

<sup>47</sup> CARVALHO, Sônia Aparecida de. Justiça Social e Ambiental: um instrumento de consolidação à sustentabilidade, p. 761.

<sup>48</sup> VIEIRA, Ricardo Stanziola. Justiça Ambiental e a Violação dos Direitos Humanos Socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo.

<sup>49</sup> SCHULTE, Neide Köhler; LOPES, Luciana. A moda no contexto da sustentabilidade, p. 203.

Quando se fala em justiça ambiental é preciso ter consciência que não estamos falando somente de proteção do meio ambiente, mas também às condições que as pessoas são submetidas no seu ambiente de trabalho, conforme já explicitado acima.

No caso do vestuário, a escolha entre um produto com responsabilidade sustentável ou um que não se sabe ao certo a procedência influencia o lucro gerado pela empresa, pois quanto mais se consome determinada marca maior é o lucro, caso contrário há a necessidade de reformular erros detectados por clientes. Se uma marca específica utiliza mão-de-obra exploratória, por exemplo, e não gera reclamações e revolta de quem a consome, não há motivos para pagar de forma correta um trabalhador, pois influencia no lucro da empresa.<sup>50</sup>

De acordo com LEE<sup>51</sup>, há milhões de trabalhadores na manufatura de roupas que são explorados. Além de considerar também a realidade dos artesãos que não conseguem competir com a velocidade da indústria têxtil, se submetendo, muitas vezes, a trabalhar longas jornadas sem nenhum tipo de benefício.

O que se percebe de todo o contexto estudado é que após a Revolução Industrial e o avanço da produção desenfreada, principalmente no ramo da moda fez com que o crescimento e evolução tanto da produção quanto do consumo se dessem desorganizadamente, maximizando os riscos sociais (Ulrich Beck) e construindo cada vez mais o pensamento do crescimento pelo crescimento.

Todo esse contexto, agregado pelo pensamento dominante da necessidade da compra, da relação construída entre felicidade e consumo e a indução do pensamento ignorante de que “nada há de mau acontecendo se eu não vejo” (*not in my backyard*), acabou por aumentar ainda mais a busca por locais onde os direitos trabalhistas e ambientais fossem mínimos e as necessidades de sobrevivência da população fossem máximas, como é o caso da China, da Tailândia, da Índia e de Bangladesh, por exemplo.

Essa produção, incentivada pelo consumo, em tais locais considerados como subdesenvolvidos, ante a total ausência de controle por parte dos poderes público e privado, vem apresentando diversas externalidades negativas, que não estão sendo, em nenhum momento internalizadas nos custos da produção ou da distribuição dos produtos.

São todos esses pontos que fomentam, ainda mais a Injustiça Ambiental praticadas em ditos países. Ferem-se critérios humanitários de respeito, solidariedade e sustentabilidade em prol

---

<sup>50</sup> SCHULTE, Neide Köhler; LOPES, Luciana. A moda no contexto da sustentabilidade, p. 204.

<sup>51</sup> LEE, Matilda. **ECO CHIC: O guia de moda ética para a consumidora consciente**. São Paulo: Larousse, 2009.



da produção e do consumo desenfreados, tudo isso muito fomentado pelas chamadas empresas de *fast fashion*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dos anos houve um aumento considerável no consumo, isso ocorreu a partir da Revolução Industrial que com sua produção em massa despertou na sociedade essa necessidade de ter cada vez mais.

A moda sempre foi uma das grandes responsáveis por esse consumo voraz e para atender a essa demanda, surgiu a partir dos anos noventa a chamada *fast fashion*.

Esse tipo de produção vem atender a um consumidor voraz e com pouco poder aquisitivo, eis que esse tipo de produção é de baixo custo, eis que se utiliza na maioria das vezes de países carentes e sem proteção trabalhista, o que possibilita, na grande maioria das vezes, uma produção em sistema análogo ao do escravo.

Verificou-se que esse tipo de produção gera várias externalidades negativas e isso causa um custo social e ambiental. Exemplos dessas externalidades seriam, a poluição ambiental, o aumento do consumo irracional, pensamentos de dependência psicológica com o consumo, oscilações do mercado da moda mundial, e principalmente a mão de obra 'barata' e na maioria das vezes, escrava.

Dentro desse contexto, o presente artigo apresentou a possibilidade de amenização dessas externalidades negativas geradas pela produção *fast fashion* com a utilização dos conceitos ligados a justiça ambiental.

A justiça ambiental vista por alguns autores como sinônimo de justiça social, visa a constituição de uma novas expectativas, que integrem lutas e movimentos sociais e ambientais para além dos conflitos de distribuição ecológica dos recursos naturais.

Diversas organizações começaram a discutir as ligações entre, raça, pobreza e poluição e a ligação desses problemas com a degradação ambiental e a desigualdade social.

Após várias lutas e discussões a justiça ambiental passa a ser vista como uma nova concepção na abordagem da questão ambiental e passa a reconhecer os saberes e fazeres populares, bem como as suas construções culturais sobre o seu ambiente como fatores

determinantes no trato jurídico dos conflitos incidentes sobre bens socioambientais.

Assim, para o alcance de uma justiça ambiental na produção *fast fashion* faz-se necessário a busca por mudanças que devem aprimorar os produtos da moda com o uso mais eficiente dos recursos, condições de trabalhos mais dignas, redução do uso de substâncias químicas e diminuição da poluição.

Nada disse será possível se não houver uma mudança de mentalidade do consumidor, enquanto houver quem consuma esses produtos advindos da *fast fashion*, haverá empresas operando dessa forma, pois aumentam cada vez mais seus lucros.

A justiça ambiental existirá quando esse consumidor consciente escolher entre um produto com responsabilidade sustentável ao invés de um que não se sabe ao certo a procedência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental e Construção Social do Risco. *In*: Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, XIII, 2002. Outro Preto – MG. **Anais...** Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT\\_MA\\_ST5\\_Acselrad\\_texto.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_MA_ST5_Acselrad_texto.pdf)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

ARAÚJO, Mariana; BROEGA, Ana Cristina; MORA-RIBEIRO, Silvana. Sustentabilidade na moda e o consumo consciente. *In*: Seminário Acadêmico da APEC: O Local, o Global e o Transnacional na Produção Acadêmica Contemporânea, 19, junho de 2014, Barcelona. **Anais...** Barcelona: APEC, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARVALHO, Sônia Aparecida de. Justiça Social e Ambiental: um instrumento de consolidação à sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 9, n. 2, p. 755-779, 2º quadrimestre de 2014.

DELGADO, Daniela. Fast Fashion: estratégia para conquista do mercado globalizado. **Modapalavra e-periódico**, ano 1, n. 2, ago-dez. 2008, p. 3-10.

DUARTE, Marise Costa de Souza. As novas exigências do direito ambiental. *In*: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros (org). **Direito Ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole,

2004.

ERNER, Guillaume. **Vítimas da moda? Como a criamos, por que a seguimos**. São Paulo: Senac, 2005.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

HERCULANO, Selene. O clamor por Justiça Ambiental e contra o racismo ambiental. **InterfacEHS, Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**, São Paulo, v. 3, n. 1, artigo 2, jan/abril de 2008.

LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Editorial Octaedro, 2014.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Anaclara Toscano de Britto; CEZAR, Marina Seibert. Precisamos falar sobre o trabalho forçado: uma análise do comportamento atual sobre o consumo em massa. *In*: Encontro Nacional de Pesquisa em Moda, 5, junho de 2015, Novo Hamburgo - RS, **Anais...** Novo Hamburgo: Feevale, 2015. Disponível em: <[goo.gl/m1p1bzcontent\\_copyCopy short URL](http://goo.gl/m1p1bzcontent_copyCopy short URL)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. Introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

RIOS, Marina Pereira. Fast Fashion, sustentabilidade e eco têxteis. *In*: Colóquio de Moda, 12, setembro de 2016, João Pessoa – PB. **Anais...** João Pessoa: UNIPÊ, 2016.

SCHULTE, Neide Köhler; LOPES, Luciana. A moda no contexto da sustentabilidade. **ModaPalavra e-Periódico**, ano 6, n. 11, jul-dez 2013, p. 194-211.

SENHORAS, Elói Martins; FERREIRA, Rita de Cássia de Oliveira. Mapeando o segmto da moda fast-

fashion. *In*: Congresso Internacional de Moda e Design, 3, 2016, Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires: CIMODE/UBA, 2016.

SILVA, Cleber Máximo da. Tráfico de pessoas e trabalho escravo na indústria têxtil. *In*: ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 10, 2014, Presidente prudente. **Anais do Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente**, Presidente Prudente: Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", 2014.

Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/4312/4071>>.

Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

SOARES, Josemar Sidinei. Dignidade e Sustentabilidade: fundamentos para uma responsabilidade pessoal, social e jurídica. *In*: REAL FERRER, Gabriel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. **Antunes** de (orgs.); BODNAR, Zenildo; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (cords.). **Sustentabilidade e suas interações com a Ciência Jurídica**: tomo 01 da Coleção Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Itajaí: Univali, 2016, p. 49-81.

THE True Cost. Direção: Andrew Morgan, Estados Unidos: BullFrog Films, 2015. (92 min).

THOMAS, Dana. **Deluxe, como o luxo perdeu seu brilho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. Justiça Ambiental e a Violação dos Direitos Humanos Socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **O Direito Contemporâneo e diálogos científicos UNIVALI e Perugia** - Edição Comemorativa 10 anos do Convênio de Dupla Titulação entre a UNIVALI e a UNIPG. Perugia: UNIPG, 2016.

# PRINCÍPIOS AMBIENTAIS, ABUSO DE DIREITO E SUSTENTABILIDADE

Alexandre Moraes da Rosa<sup>1</sup>

Fernanda Pacheco Amorim<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente escrito pretende, em apertada síntese, a partir da Teoria Garantista (Luigi Ferrajoli), destacar o papel preponderante da validade material das normas jurídicas – diferenciando princípios e regras – em face da Constituição da República. Com base na validade garantista e da sujeição/revisão da postura do juiz, analisar a potencial ocorrência do abuso de direito da propriedade diante da proteção principiológica ao meio ambiente, com ênfase nos conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.

Para alcançar o objetivo proposto dividiu-se da seguinte forma: Garantismo Jurídico, Constituição e Direitos Fundamentais; Norma Jurídica: regra + princípio e oxigenação constitucional; O Meio Ambiente na Constituição da República e seus princípios; O abuso de direito e os limites da propriedade privada; Considerações Finais.

Utilizou-se o método indutivo com pesquisa bibliográfica utilizada no desenvolvimento do trabalho e, conseqüentemente, a elaboração de fichamentos, conceitos operacionais e categorização.

## 1. GARANTISMO JURÍDICO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *garantismo jurídico* apesar de ter sua origem vinculada ao *Direito Penal*<sup>3</sup>, evoluiu para alcançar foros de *Teoria do Direito*. Luigi Ferrajoli indica quatro frentes *garantistas*<sup>4</sup>. A primeira está vinculada à revisão da *teoria da validade*, que preconiza uma diferenciação entre *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. A segunda frente pretende o

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito na Universidade do Vale do Itajaí e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz de Direito. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. alexandremoraisdarosa@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. amorimfe@hotmail.com.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid : Trotta, 2001, p. 33-537.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil. Madrid : Trotta, 1999, p. 20.

reconhecimento de uma dimensão *substancial da democracia*, suplantando o caráter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, se propõe uma nova maneira de ver a *sujeição à lei* somente por ser lei – aspecto formal – pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo das normas – aspecto material. Por fim, observa a relevância da *ciência jurídica*, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.

Com efeito, a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*<sup>5</sup>, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Para Alfredo Copetti<sup>6</sup>, hoje em dia, o termo garantismo serve de base para o modelo jurídico que busca a defesa e aplicação dos direitos fundamentais que perpassam pela vida, as liberdades (pessoal, civil, política), expectativas sociais de subsistência, etc. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantiar a mera *democracia formal*, para alcançar a *democracia constitucional*<sup>7</sup>, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, não havendo apenas um reconhecimento formal de sua existência, mas também sendo necessário que o Estado direcione seus objetivos para a satisfação destes direitos sob pena, dentre outras consequências (tão problemáticas quanto), da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Essa limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como pode transparecer no primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção *garantista*, também está balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo dispor de maneira discriminatória, nem se afastar do contido materialmente na Constituição. Para tanto, os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível e opõem-se à concepção liberal clássica pela qual o poder do capital pressupunha um desenvolvimento ilimitado, tendo como base a liberdade plena do ser e dos bens, sem quase – ou – nenhuma

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo : Malheiros, 1997, p.176-177.

<sup>6</sup> COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Coleção Sob o olhar do garantismo jurídico. Vol. 1. Coordenação Alfredo Copetti Neto e Alexandre Moraes da Rosa. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 23.

<sup>7</sup> COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Coleção Sob o olhar do garantismo jurídico. Vol. 1. Coordenação Alfredo Copetti Neto e Alexandre Moraes da Rosa. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 78-80.



limitação<sup>8</sup>. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os *Direitos Fundamentais*<sup>9</sup> dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do *Estado Civil*<sup>10</sup>, dentre eles de um meio ambiente sadio<sup>11</sup>.

Nessa esfera do indecível encontram-se justamente os *Direitos Fundamentais*, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Consequência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar *juízos de validade*, em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecível (*Direitos Fundamentais*)<sup>12</sup>. De sorte que a concepção de *democracia material* surge na esteira da hipótese *contratualista* de John Locke<sup>13</sup>, considerando-se, pois, que a democracia formal de cunho *Weberiano*<sup>14</sup> (legitimidade = legalidade) não se sustenta ao olhar mais acurado sobre o consenso contratual, que reclama o aspecto material das normas<sup>15</sup>.

A *Teoria Garantista* representa, ao mesmo tempo, o resgate e valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado<sup>16</sup>.

<sup>8</sup> COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Coleção Sob o olhar do garantismo jurídico. Vol. 1. Coordenação Alfredo Copetti Neto e Alexandre Moraes da Rosa, p. 84-102.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley del más débil**. Madrid : Trotta, 1999, p. 23-4 e CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 161.

<sup>11</sup> Em relação à geração de direitos, cabe invocar a demonstração histórica feita por BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6 e 69. Na mesma linha, José Alcebiades de Oliveira Júnior ampliou e sistematizou a proposta: “1ª Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. [...] 2ª Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisando em uma situação concreta. [...] 3ª Geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica. 4ª Geração: os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia [...] 5ª Geração: os advindos com a chamada realidade virtual [...]” (OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 85-86).

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley del más débil**, p. 53.

<sup>13</sup> LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo : Abril Editora, 1973, §16, p. 46. Conferir: CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001, p. 42.

<sup>14</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999, p. 117-153.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley del más débil**, p. 23.

<sup>16</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 95; STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica e(m) crise**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 211-298 e DOBROWOLSKI, Sílvio. “Os Meios Jurisdicionais para conferir eficácia às Normas Constitucionais”. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1990, nº 106, p.28-29.

Até porque, segundo Ruy Samuel Espíndola<sup>17</sup>, a identificação de diferentes níveis de princípios constitucionais, indica a força normativa de cada um deles, assim sendo, é este núcleo principiológico irreduzível que representa a força máxima da Constituição, bem como a sustentação democrática da sociedade.

De fato, na atuação prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional* de viés *garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica. Somente assim se dá a devida *força normativa à Constituição*<sup>18</sup>. Os atributos das regras jurídicas, portanto, se alteram. Para Luigi Ferrajoli as normas são *vigentes* (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de validade, aferido em face da norma superior, reservando ao termo *validade* o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal, típica do paradigma *Kelseniano*. A *eficácia*, por sua vez, ficaria vinculada à observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três categorias imputáveis às normas: *vigência*, *validade* e *eficácia*.

## 2. NORMA JURÍDICA: REGRA + PRINCÍPIO E OXIGENAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conquanto nenhum ator jurídico duvide da preponderância da Constituição sobre normais de hierarquia inferior, sua ineficácia é patente, dado que existe certo constrangimento em não se saber lidar com *princípios*, quando em choque com *regras*. É preciso, todavia, despedir-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições, reconhecendo-se a eficácia cogente e absoluta dos *princípios*.

Entretanto, a conceituação do que se constitui princípio constitucional é tarefa árdua<sup>19</sup>, em face da ausência de operacionalidade na prática forense. Os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com *princípios*, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à *regra* jurídica. A incapacidade instrumental-prática dos *princípios*, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista que informa o *senso comum teórico dos juristas*<sup>20</sup>, com forte apropriação

---

<sup>17</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 95; STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) crise*, p. 211-298.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991, p.25.

<sup>19</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 95.

<sup>20</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito*, vol. I. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994, p. 14.

equivocada da racionalidade *Weberiana*, manifestada pelo *legalismo fetichista e rasteiro*. É preciso, contudo, dar-se efetividade aos princípios constitucionais.

Porém, necessário se mostra a compreensão de que o sistema jurídico Constitucional brasileiro é *normativo aberto*, composto de *regras* e *princípios*, posto que possui um sistema *dinâmico* de normas e é *aberto* por ter uma estrutura dialógica, que no dizer de J.J. Gomes Canotilho<sup>21</sup>, consiste na possibilidade de adequação à realidade – concepções de validade e justiça –, bem assim por ser composto por normas, divididas entre *regras* e *princípios*. Canotilho afirma, ainda, que a composição aberta do sistema é de extrema importância, pois é ela quem permite o “caminhar” do próprio sistema. A sustentação entre sistema jurídico e normatividade aberta é mutua, pois, caso não fosse, enfrentaríamos de um lado uma limitação à racionalidade das regras e ausência de ponderação, complementação e desenvolvimento do próprio sistema (pela aplicação dos princípios), e de outro a indeterminação de regras precisas, princípios conflitantes acarretando em insegurança jurídica

Essa concepção das normas jurídicas divididas em espécies encontra desenvolvimento na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy<sup>22</sup>. Ciente da dificuldade interpretativa dos *Direitos Fundamentais*, diante da vagueza e ambiguidade de suas formulações, impeditivas de uma univocidade de sentido, Robert Alexy procura fixar uma *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, com lastro nos positivamente válidos, inserida, portanto, no âmbito da dogmática jurídica, dividida para o autor, em três dimensões: a) *analítica*; b) *empírica*; e c) *normativa*. Importa, com maior vigor, para os limites deste escrito, a diferenciação que Robert Alexy faz entre *regras* e *princípios*, cuja perfeita compreensão é basilar à aplicação dos *Direitos Fundamentais*<sup>23</sup>.

Nesse pensar, tanto as *regras* como os *princípios* apresentam juízos concretos do dever ser, manifestando, contudo, duas diferenças de caráter qualitativo. Enquanto as *regras* são:

[...] normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es valida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y juridicamente posible”<sup>24</sup> [os princípios, de seu turno, se materializam por normas que:] “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra : Almedina. 2003, p. 1.159 - 1.190.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Est. Constitucionales, 1993.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 81.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 87.

medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”<sup>25</sup>

Segundo Alexandre Morais da Rosa<sup>26</sup> os princípios são mitos que surgem da impossibilidade de se dizer o todo jurídico e a partir dele são construídos os significados posteriores, ou conforme o autor, a “*cadeia de significantes*”. Neste sentido também defende Carlos Maria Cárcova<sup>27</sup>, ao sustentar que o direito positivo, entendido enquanto *ser* e *dever-ser*, é baseado em ficções ou abstrações que são o fundamento de toda a construção teórica acerca do direito moderno.

Tendo isto em vista, desde logo é necessário deixar evidente que, no caso de colisão, ao contrário do que se dá genericamente com as *regras*, entre *princípios* não há invalidação de um ou mesmos dos dois, mas juízos de preponderância em face do caso analisado. Essa ponderação não pode ser absoluta. Deve partir do caso concreto, cotejando-se qual dos *princípios* em tensão possui, na espécie, o maior peso<sup>28</sup>.

Assim é que a ponderação dos *princípios* não se faz hierarquicamente para o futuro, mas decorre da análise feita no caso concreto. Em uma outra hipótese, em que haja colisão dos mesmos *princípios*, todavia, a decisão de peso pode se dar em sentido oposto, mantendo-se, contudo, os princípios no ordenamento jurídico. Não há, pois, tarifação estática entre os princípios. No caso possível de colisão entre *regras* e *princípios*, os *princípios* que informam as regras devem ser avivados, fazendo-se, posteriormente, a ponderação dos respectivos pesos diante do caso concreto. A colisão, portanto, se dará na frequência dos *princípios*, mediante o processo de busca, no plano destes, do *pedigree* das *regras*, com a possibilidade plena de resolução da antinomia.

Não obstante a crítica que se possa fazer a essa concepção elástica dos *princípios*, capaz de propiciar a pretendida impressão da coerência e unicidade do sistema jurídico, como demonstra Juliana Neuenschwander Magalhães<sup>29</sup>, sua funcionalidade é patente. No caso dos *princípios* constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material com a

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86/87. No mesmo sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.123.

<sup>26</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 281-286.

<sup>27</sup> CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016, p. 64-68.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 92. Conferir: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 45.

<sup>29</sup> MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. “O uso criativo dos paradoxos do Direito” In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Curitiba: JM, 1996, p.270-271.

principiologia constitucional, conjugando-se os instrumentos teórico-práticos disponibilizados por Luigi Ferrajoli e Robert Alexy. Este embate, contudo, será feito no campo da linguagem e da hermenêutica.

Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser revisitado, procedendo-se juízos de *validade* - na concepção *garantista* - sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente. Propicia, também, que a *validade* das *regras* seja escalonável, abandonando-se o sistema binário de validade/nulidade. Aproveita-se a divisão entre *regras* e *princípios*, admitindo-se, em ambas espécies, a possibilidade de tensões, resolvidas pelo juízo de preponderância, em face do caso sob análise.

Todavia, na prática forense – como dito – remanesce uma incapacidade de cunho positivista rasteiro, permeada por certo constrangimento devido ao desconhecimento de instrumentos necessários à implementação dos princípios relativos ao meio ambiente sadio. Por deficiência técnica e de vontade, na prática jurídica, acabam-se reeditando os velhos conceitos, sem qualquer *oxigenação constitucional* (controle material da constitucionalidade, inclusive em face dos princípios) ou mesmo valoração crítica da lei. Vigora, na sua plenitude, como bem destaca Edmundo Lima de Arruda Jr, um *fetice pelo invólucro*<sup>30</sup>. Esse *fetice* se dá tanto em relação às leis, cumprindo-se somente por serem leis, sem qualquer ponderação sobre a validade material e também, até em maior grau, devido a incapacidade hermenêutica dos atores jurídicos, com recurso *step by step* aos ditos doutrinadores renomados e a *jurisprudência consolidada*<sup>31</sup>.

No paradigma garantista, todavia, compete especificamente ao magistrado *renunciar* à função de *boca repetidora* da lei ou mesmo de *corretiva* desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se – até inconscientemente, às vezes – do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do Direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua

---

<sup>30</sup> ARRUDA JR, Edmundo Lima. “Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o Direito” In: ARRUDA JR, Edmundo Lima (org.). **Max Weber – Direito e Modernidade**. Florianópolis: 1996, p. 48 e 69.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**, p. 73-82.

interpretando a Constituição à luz do Código Civil. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranquilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior. Dito de outro modo, no paradigma *garantista* o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

### 3. O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS PRINCÍPIOS

A Constituição da República dispensou tratamento específico ao meio ambiente, consagrando a preocupação do constituinte com a tutela da qualidade de vida, tendente à preservação da espécie humana (CF, art. 225), bem assim seus atributos intrínsecos, como o patrimônio cultural (CF, art. 216).

José Afonso da Silva<sup>32</sup> assevera que:

[...] o assunto integra o título da ordem social, onde se estatui que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225). É um campo que integra, na sua complexidade, a disciplina urbanística, mas se revela como social, na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público.

O direito ao meio ambiente equilibrado vigora na Constituição Federal como direito fundamental com aplicabilidade imediata consoante o artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal e também como cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido do sistema jurídica em razão de sua relevância, com base no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Conforme se depreende do artigo 225 da Constituição, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso do povo deve ser garantido não apenas pelo poder público, como também por toda a coletividade, eis que é um direito a ser garantido tanto para as gerações atuais quanto para as vindouras. Ou seja, entende-se que o Estado é o gestor deste direito, devendo nortear tanto as atividades públicas, quanto as privadas, para que o respeitem, cabendo ainda ao Estado disponibilizar os meios necessários para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 304.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214-220.



Observa-se, a partir disto, que a principiologia de preservação contida na Constituição da República se manifesta, dentre outros, no sentido da *solidariedade* (art. 3º, I), da *promoção do bem de todos* (art. 3º, IV), do *respeito pela dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) e de que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (art. 225). Além disso, pode-se invocar o *princípio da precaução* (Declaração do Rio de 1992, art. 10), *princípio da cooperação*, *princípio da responsabilização* e *princípio da participação*<sup>34</sup>.

A preocupação com a manutenção de um meio ambiente equilibrado é necessária e urgente e a observação dos princípios constitucionais em relação a este direito é imprescindível, pois segundo Milaré<sup>35</sup>:

[...] preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico em nossos dias é questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécies animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre o Planeta estão sendo perigosamente alterados. E as conseqüências [sic] desse processo são imprevisíveis, já que “as rápidas mudanças climáticas, ... a menor diversidade de espécies fará com que haja menor capacidade de adaptação por causa da menor viabilidade genética e isto estará limitando o processo evolutivo, comprometendo inclusive a viabilidade de sobrevivência de grandes contingentes populacionais da espécie humana”.

Faz-se necessário, em vista disto, que o ser humano se enxergue como parte integrante do meio ambiente em que vive, e entenda que pode afetá-lo, mas também que é afetado diretamente por ele. Há uma interação intrínseca e ambos são indissociáveis. Porém, a interação existente tem adquirido um caráter negativo, eis que feita de forma indiscriminada, onde sob a alegação de busca pelo progresso e defesa da propriedade privada justificam-se a contaminação dos recursos naturais e o “crescimento desenfreado” onde as conseqüências ao meio ambiente, entendido, conforme visto, como bem comum de todos e direito fundamental, pouco – ou nada – importam<sup>36</sup>.

Por tudo isto, que não se pode falar em defesa do meio ambiente assentado nas bases principiológicas constitucionais sem levantar o princípio do desenvolvimento sustentável, que afirma que o crescimento econômico não pode ser fundado em perspectivas que levem em conta apenas quantidade, já que se vive num meio ambiente com recursos limitados<sup>37</sup>. É possível

<sup>34</sup> Conferir: LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2000, p. 27-40.

<sup>35</sup> MILARÉ, Édis. Tutela Penal do Ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**, p. 83-118.

<sup>36</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010, p. 22-28.

<sup>37</sup> RAMPELOTI, Nicolli; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. A efetividade do princípio da sustentabilidade como precursor da qualidade de vida em Estocolmo: possibilidade de aplicação em cidades catarinenses. In: Universidade do Vale do Itajaí. **Produção Científica CEJURPS (anais)**. Organizadores José Carlos Machado, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza, Caroline Vieira Ruschel. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2016. p. 77-89.

equilibrar o crescimento e a melhora na qualidade de vida com um consumo consciente dos recursos naturais e adequar a vida do homem à políticas sustentáveis de longo prazo<sup>38</sup>.

E falar em Sustentabilidade, ao contrário daquilo que via de regra se acredita, não é falar apenas em meio ambiente. Nas palavras de Maria Claudia da Silva Antunes de Souza e Juliete Ruana Mafra<sup>39</sup>:

Já a Sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, consequentemente, da proteção ambiental, mas não só isso, também da extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias a esperança do retardamento da sobrevivência do homem na Terra.

Possível perceber, portanto, que pensar Sustentabilidade é pensar as moléstias sociais de maneira abrangente. Enfrenta-se uma pluralidade de problemas que envolvem desde a relação doentia com o meio ambiente que acolhe a todos até as relações sociais doentias que são desenvolvidas, seja entre os próprios indivíduos, seja a relação destes com o capital e com o poder.

Ocorre que nem sempre os princípios e conceitos trazidos acima são levados em consideração e aplicados na prática. Por força da utilização de termos ambíguos e vagos, vazados na forma de princípios de atuação, diante das deficiências adrede apontadas, possível a edição de leis estaduais e municipais<sup>40</sup> violadoras dos princípios constitucionais atinentes à proteção do meio ambiente, não obstante haja autorização legislativa formal. Em outras palavras, pode uma regra jurídica estadual ou municipal – permissão – violar os princípios constitucionais e, desta forma, ser considerada inconstitucional no cotejo com os princípios. É justamente neste campo de controle de constitucionalidade que ganha relevo a figura do abuso de direito.

#### 4. O ABUSO DE DIREITO E OS LIMITES DA PROPRIEDADE PRIVADA

Apesar da Constituição Federal de 1988 estabelecer no art. 5º a proteção à propriedade privada (inciso XXII), esta somente se legitima, no Estado Democrático de Direito, se atender

---

<sup>38</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada**: e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 956-957.

<sup>39</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloisa Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014. p. 11-36.

<sup>40</sup> Nesse aspecto imperioso destacar a controvérsia sobre os limites do poder legislativo estadual e municipal, bem assim sobre a prevalência da regra mais favorável a proteção. Consultar: FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo : RT, 2001, p. 53-92.

também e necessariamente à sua função social (inciso XXIII). Sem função social inexistente propriedade privada. E essa função social está diretamente vinculada à satisfação dos princípios constitucionais de preservação do meio ambiente preconizados na Carta Política. A propriedade privada, no paradigma garantista, por ser excludente, disponível, negociável, mesmo constando do rol do art. 5º da Constituição Federal, deixa de ser considerada como Direito Fundamental, posto que os direitos fundamentais devem ser inalienáveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos, atributos que não se estendem ao direito de propriedade<sup>41</sup>. A propriedade é vista, pois, como direito relativo (funcionalizado), porque sua validade material demanda seja atendida de maneira efetiva a função social, incluída a preservação do meio ambiente.

Ricardo Aronne<sup>42</sup> explica:

Os interesses dos titulares, quase que os únicos com trânsito no direito das coisas, passam a ser relativizados pelos interesses dos não titulares, recebido pelos valores de solidarismo e igualdade. Tal bipolarização funcionaliza a titularidade individual, em face das necessidades sociais em que se insere o patrimônio, implicando a publicização do privado, nesse balanceamento de interesses. [...] pela funcionalização social, a titularidade não deixa de ser privada, porém recebe em seu seio o interesse social, implicando limite e impulso, passando a ser relativa, por relativa ser a supremacia do interesse privado, de modo a poder ser asseverado, contemporaneamente, a weimeriana premissa de que a propriedade obriga.

Por outra parte, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero<sup>43</sup> discorrem sobre o *abuso de direito*, entendido para os autores espanhóis como a possibilidade de que em casos específicos a permissão contida em uma regra jurídica seja vedada por decorrência da preponderância de um princípio. Segundo os autores, o núcleo fundamental da problemática do abuso de direito consiste no uso de permissões legais pelo titular do direito pode, em certas situações, não previstas pela regra jurídica, estar fora dos limites dos princípios que justificam essas mesmas permissões<sup>44</sup>. Não obstante se use um direito subjetivo, este pode causar dano a interesse protegido por um princípio de maior grau, limitador, no caso, da autonomia de seu exercício.

Exemplificando: apesar de existir uma regra jurídica autorizando (Plano Diretor) a construção de um prédio de 15 andares na faixa de praia de uma cidade litorânea, tal regra viola o princípio maior de *preservação do meio ambiente* e da *solidariedade*, por implicar no efetivo prejuízo dos demais indivíduos em utilizar convenientemente o bem público = praia. Isto porque,

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 45-50.

<sup>42</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p.86 e 100.

<sup>43</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**. Madrid: Trotta, 2006, p. 33-66.

<sup>44</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**, p. 36.

por mais que exista autonomia municipal para regulamentar o gabarito dos prédios, essa autonomia não pode violar o princípio da solidariedade e da ampla preservação do meio ambiente sadio (CF, art. 225). De sorte que a *regra* municipal pode ser enquadrada como *abuso de direito* desde que no cotejo com os *princípios*, posto que os princípios informadores do direito de propriedade, como visto, cedem quando em tensão com os *princípios* de *Direito Fundamental*. Noutro exemplo, partindo-se da inclusão do meio ambiente cultural, na lição de Vladimir Passos Freitas<sup>45</sup>, pode-se impedir a construção de prédios que violem as origens culturais da região. Assim, a construção de edifício particular em Florianópolis-SC destoante da cultura do centro da cidade, não obstante possa estar autorizada por Lei Municipal, afronta o princípio da preservação do meio ambiente cultural da região colonizada por açorianos (CF, art. 216, IV).

Isto porque ao se pensar os princípios ambientais como preponderantes ao direito de propriedade, podendo-se falar inclusive em abuso de direito, parte-se da premissa que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme visto nos tópicos antecedentes, é um bem comum e direito de todos e a sua defesa é necessária para garanti-lo tanto para a atual geração quanto para as que estão por vir. Denise Garcia e Heloisa Garcia<sup>46</sup> ensinaram:

Nesse sentido, a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos (como, por exemplo, saúde, moradia, alimentação, educação, etc), em patamares desejáveis constitucionalmente, estão necessariamente vinculados às condições ambientais favoráveis [...]

Diante disto, torna-se imperioso entender a principiologia sustentada acima como preponderante ao direito de propriedade, sob um viés garantista, eis que as regras – sejam elas estaduais ou municipais, como planos diretores, por exemplo – devem se adequar ao norte concedido pela Constituição Federal (princípios que sustentam o Direito Fundamental ao meio ambiente, por exemplo), que hoje deve ser lida, sob diversos aspectos, correlacionando-se com a questão necessária e urgente da Sustentabilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repensar o abuso de princípios, via abuso de direito e garantismo pode ampliar o contexto

---

<sup>45</sup> FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 93-127.

<sup>46</sup> GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloisa Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloisa Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014. p. 37-54.

de preservação do Meio Ambiente em face da leitura sustentável. No sentido de tudo o que foi dito no decorrer deste escrito, Leonardo Boff<sup>47</sup>:

O que move as pessoas e as sociedades são o sonho e as utopias que elas projetam e os esforços que fazem para traduzi-las em realidade. Os modernos imaginavam que a vocação do ser humano é o desenvolvimento, em todas as áreas, e que isso se traduz por um projeto de progresso ilimitado. Ora, uma Terra limitada não suporta um projeto ilimitado.

E, tendo esta limitação em mente que o constituinte se preocupou em elencar o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental e basear este direito em princípios que o defendam. Sendo imprescindível sua leitura tendo em mente os conceitos de Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, conforme sustentado anteriormente.

Por fim, partindo-se da *teoria garantista* da tutela dos *Direitos Fundamentais*, incluído o meio ambiente, tendo em vista a diferenciação da *norma jurídica* entre *regras* e *princípios*, pode-se verificar a potencial ocorrência da figura do *abuso de direito*, especificamente de propriedade, consistente na autorização legal – *regra* – em descompasso com os *princípios* de tutela ao meio ambiente (validade em face dos princípios). Nessas condições, necessária a declaração da inconstitucionalidade da permissão – regra – no caso específico, dando-se, assim, *força normativa à Constituição* e tutelando-se convenientemente o meio ambiente, tido como *Direito Fundamental* de todos, vinculados à sobrevivência e sustentabilidade das futuras gerações.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARRUDA JR, Edmundo Lima. “Weber e Marx, anípodas? Fragmentos para pensar o Direito” *In*: ARRUDA JR, Edmundo Lima (org.). **Max Weber – Direito e Modernidade**. Florianópolis: 1996.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**. Madrid: Trotta, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2015.

---

<sup>47</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 70.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Coleção Sob o olhar do garantismo jurídico. Vol. 1. Coordenação Alfredo Copetti Neto e Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DOBROWOLSKI, Sílvio. "Os Meios Jurisdicionais para conferir eficácia às Normas Constitucionais". *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, abr-jun, 1990, nº 106, p.28-29.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloisa Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloisa Siqueira. Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Ferrer*. Itajaí: Univali, 2014. p. 37-54.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo:

Celso Bastos Editor, 2001.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991

LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Abril Editora, 1973.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. “O uso criativo dos paradoxos do Direito” In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Curitiba: JM, 1996.

MILARÉ, Édís. Tutela Penal do Ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 83-118.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada: e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RAMPELOTI, Nicolli; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. A efetividade do princípio da sustentabilidade como precursor da qualidade de vida em Estocolmo: possibilidade de aplicação em cidades catarinenses. In: Universidade do Vale do Itajaí. **Produção Científica CEJURPS (anais)**. Organizadores José Carlos Machado, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza, Caroline Vieira Ruschel. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2016. p. 77-89.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloisa Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014. p. 11-36.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito**, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999.



# **A CONCRETIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL: UM DESAFIO PARA A PRESENTE GERAÇÃO**

**Antonio Shigueo Nakazima Junior<sup>1</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

Notícias sobre o<sup>2</sup> aquecimento global, o efeito estufa, o derretimento das calotas polares, sempre nos alarmaram, mas as consequências da poluição desenfreada da humanidade estão chegando cada vez mais próximo de nós.

Além disso, a população mundial, que ultrapassou a barreira dos 7 bilhões de pessoas, pressiona a produção de alimentos, exigindo a expansão das áreas de plantio, com a derrubada de florestas e o uso de agrotóxicos que poluem o solo e a água, em um ritmo insustentável.

Parece claro então que algo precisa ser mudado. A poluição do ar, do solo, dos rios, deve parar. O desmatamento das florestas precisa cessar. A desigualdade social tem que ser suprimida.

Neste trabalho será feita uma análise do atual cenário da educação ambiental no Brasil, passando pelo seu conceito, a legislação específica que contempla o tema, e as modalidades em que pode ser classificada. Mas antes, tem-se por pertinente conceituar o que se entende por “sustentabilidade” para, posteriormente, abordar como a educação ambiental é imprescindível para a preservação do mundo em que vivemos.

Para os objetivos propostos, o artigo foi dividido em três partes: Um mundo sustentável; A Educação Ambiental: o caminho para a sustentabilidade e Educação Ambiental nas Escolas e fora delas. Na metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; o método cartesiano na fase de tratamento de dados; e no relatório da pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Stricto Sensu da UNIVALI. Itajaí, Santa Catarina – Brasil. E-mail: beansnakazima@gmail.com.

<sup>2</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p.86 e 100.

## 1. UM MUNDO SUSTENTÁVEL

Antes de começar a trilhar o caminho da sustentabilidade, a humanidade desmatou, extraiu, caçou e explorou os recursos naturais que encontrou em seu caminho de forma desmedida e sem pensar nas consequências de seus atos. Foram séculos de exploração desenfreada até que o ser humano se dessa conta de que os recursos da natureza não são ilimitados, e que se quisesse continuar vivendo com segurança e qualidade de vida, seria então preciso rever a forma de se relacionar com o planeta.

Neste tópico será feita uma breve análise de como se chegou ao conceito de desenvolvimento sustentável e sua evolução para o termo sustentabilidade, lançando mão dos ensinamentos trazidos pela doutrina especializada, sem, todavia, ter pretensão de esgotar o tema.

O avanço científico-tecnológico visto nos últimos dois séculos, apesar de ter proporcionado maior conforto e segurança à humanidade, paradoxalmente foi responsável pela poluição do ar, do solo e da água, pelos rejeitos tóxicos despejados indiscriminadamente.

As consequências de tais práticas nós conhecemos como efeito estufa, destruição da camada de ozônio, contaminação dos lençóis freáticos, destruição da biodiversidade. Ao explorar incessantemente os recursos naturais, o homem deixa claro que concebe a natureza apenas como fonte de matéria prima, enxergando-se separadamente do meio ambiente.

Contudo, os recursos que a natureza nos oferece não são ilimitados, e a exploração desenfreada então encontrou barreiras que ameaçam não só o desenvolvimento, mas a própria existência humana. Foi nesse ponto que surgiu a necessidade de se encontrar um equilíbrio, uma outra forma de se relacionar com o meio ambiente, como pondera Derani<sup>3</sup>:

Num dado momento das relações humanas, a relação homem e natureza se desenrola como conflito, necessitando de um ajuste interno, a fim de não se tornar destrutiva, pois, considerando que a relação homem-natureza é uma relação existencial necessária, o esgotamento da natureza traz como consequência imediata a própria destruição da existência. A consciência deste estado de coisas traz a regulamentação da relação do ser humano com a natureza, forçando-o rever sua organização social.

Até a primeira metade do século XX, o impulso do homem era de explorar e poluir, esperando que a natureza se regenerasse por si mesma. Havia pequenas ações isoladas no sentido preservar a natureza. Foi somente no pós-guerras que a temática passou a ter maior importância e

---

<sup>3</sup> DERANI, Cristiane. **Aplicação dos princípios do direito ambiental para o desenvolvimento sustentável**. p. 642.

começou a ser debatida em âmbito internacional.

Nesse período é que foi criada a ONU (1945) que, como principal organismo internacional, teve papel de vanguarda na proteção do meio ambiente. Como destaca Ferreira<sup>4</sup>:

Apesar das várias críticas que podem ser dirigidas à ONU, como principal organização em defesa do Direito Internacional do Meio Ambiente, é importante compreender que a entidade desempenhou a vanguarda do sistema internacional de proteção do meio ambiente. Em dezembro de 1968, a entidade aprovou a Resolução n. 2.398, que havia sido encaminhada à Assembleia Geral pelo Conselho Econômico e Social (Ecosoc), indicando a necessidade de se convocar uma conferência internacional sobre o meio ambiente humano.

Em junho de 1972 ocorreu em Estocolmo, na Suécia, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ou Conferência de Estocolmo, que teve como marco a discussão, ainda embrionária, de como conciliar o desenvolvimento econômico com a redução da degradação ambiental.

Em 1983, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida por Gro Harlem Brundtland, e que tinha como objetivo traçar um panorama da situação ambiental mundial e criar diretrizes para a construção de um futuro mais próspero, alicerçado em políticas e práticas destinadas a ampliar e manter a base ecológica do desenvolvimento.

O relatório final da Comissão, publicado em 1987, ficou conhecido como Nosso Futuro Comum, ou ainda Relatório Brundtland, concluindo que as mudanças necessárias para proteger o meio ambiente só seriam possíveis se houver uma mudança nas atitudes e estilos de vida, sendo necessária a cooperação entre governos, empresas, atividades científicas e individuais.

O relatório inovou ainda ao trazer a definição de desenvolvimento sustentável, que por anos definiu o objetivo da proteção ambiental. Segundo o relatório<sup>5</sup>: “O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”. De acordo com Souza e Mafra<sup>6</sup>:

Compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares em cada contexto sociocultural, político,

---

<sup>4</sup> FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. In: BARRAL, Welber (Org.) **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 80.

<sup>5</sup> Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Relatório Brundtland, “Nosso Futuro Comum”. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

<sup>6</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no alumiário de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira (Orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2014. p. 13.

econômico e ecológico, dentro de uma dimensão de tempo/espaço. Isto é o ideal considerado de Desenvolvimento Sustentável.

Para Ferreira o desenvolvimento sustentável implica na mudança de noção de tempo, pois é preciso observar o passado, preocupando-se com o futuro. Nas palavras do autor<sup>7</sup>:

As gerações futuras são os verdadeiros destinatários do movimento ambiental e do desenvolvimento sustentável. Há uma crescente preocupação com a degradação ambiental, proveniente da utilização desenfreada dos recursos naturais renováveis ou não. Nesse sentido, o discurso ambientalista propõe a superação do que se conhece atualmente como tempo cronológico em prol da adoção do tempo glacial, que significa tomar atitudes observando o passado e preocupando-se com as consequências para o futuro.

O termo “desenvolvimento sustentável” suscitou muita discussão, por não dar ênfase suficiente à proteção à natureza. Chegou-se então ao conceito de “sustentabilidade”, como explica o professor Juarez Freitas<sup>8</sup>:

A sustentabilidade, evoluindo em relação ao conceito do Relatório Brundtland, faz assumir as demandas propriamente relacionadas ao bem-estar físico e psíquico, a longo prazo, acima do simples atendimento às necessidades materiais e o faz sem ampliar os riscos produzidos, em escala industrial, pelo próprio ser humano.

O desenvolvimento deve estar sujeito à sustentabilidade, deixando claro que a proteção ao meio ambiente vem em primeiro lugar, pois só assim é que se alcançaria a proteção do que o professor Freitas chama de “direito ao futuro”<sup>9</sup>:

Crucial destacar, uma vez mais, que a sustentabilidade é que deve adjetivar, condicionar e infundir as suas características ao desenvolvimento, nunca o contrário. Não pode ser ardilosamente esvaziada pelo crescimento econômico descriterioso e agressivo. Por isso, prefere-se falar em sustentabilidade, em vez de desenvolvimento sustentável. Para acentuar que a Constituição quer que ela prepondere, determine, modele. De fato e de direito, a sustentabilidade é, em sentido forte, princípio fundamental que gera novas obrigações e determina, antes demais nada, a salvaguarda do direito ao futuro [...]

Para as autoras Souza e Mafra<sup>10</sup>, o desenvolvimento sustentável é o meio para se chegar ao fim desejado, que seria a sustentabilidade. Explicam:

As diferenças entre Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável afloram com um processo em que a primeira se relaciona com o fim, enquanto o segundo com o meio. O Desenvolvimento Sustentável como meio para que seja possível obter equilíbrio entre o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, como objetivo a Sustentabilidade e o bem estar da sociedade.

---

<sup>7</sup> FERREIRA, Gustavo Assed. **Desenvolvimento sustentável**. p. 89.

<sup>8</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 48.

<sup>9</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 54.

<sup>10</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade no alumião de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica**. p.13-14.

Definir o conceito de sustentabilidade foi o primeiro passo. Pô-lo em prática é que consiste no atual desafio da humanidade, como ressalta Milaré<sup>11</sup>:

Resta-nos, agora saber como lidar com ele, como eliminar os fatores adversos, como torná-lo efetivo e, assim, redirecionar a evolução da sociedade em um mundo pós-moderno – o nosso mundo que vai assegurar a sobrevivência da Terra, nossa casa comum.

É preciso, pois, mudar nossos conceitos, superar paradigmas, encontrar uma nova forma de se desenvolver, respeitando a natureza, para atingirmos então a sustentabilidade.

O meio ambiente não pode mais ser encarado como um recurso a ser explorado desmedidamente. Ele é um patrimônio, uma herança herdada das gerações passadas e que deve ser preservada para ser repassada às gerações futuras.

Após a Conferência de 1972, muitas outras já foram realizadas, com destaque para a Eco-92 no Rio de Janeiro, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002 em Johannesburgo, na África do Sul, e mais recentemente a Rio+20, em 2012, novamente no Rio de Janeiro. No próximo tópico, iremos adentrar na educação ambiental, prevista no ordenamento jurídico brasileiro e em documentos internacionais, para entender sua importância e sua função de promover a defesa do ambiente natural.

## **2. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL: O CAMINHO PARA A SUSTENTABILIDADE**

Para preservar a natureza, precisamos mudar a forma como nos relacionamos com ela. A sustentabilidade implica na necessidade de rever o tipo de desenvolvimento que buscamos. É preciso haver então uma mudança de consciência, para que entendamos que preservar o ambiente natural é garantir a continuidade de nossa existência no planeta. E essa mudança só poderá ocorrer por meio da educação ambiental.

Nesse tópico faremos, então, um pequeno compilado das principais previsões legais brasileiras no que diz respeito à educação ambiental, trazendo seu conceito e sua ligação intrínseca com a sustentabilidade, mas longe de pretender abordar todo o aparato legal concernente ao tema, cuja tarefa transcende o objetivo deste trabalho.

É incontroverso que no estágio em que nos encontramos, a proteção do ambiente se

---

<sup>11</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 102.

configura tarefa primordial. Segundo Fensterseifer<sup>12</sup>:

Diante de tais considerações, a proteção ambiental projeta-se como um dos valores constitucionais mais importantes a serem incorporados como tarefa ou objetivo do Estado de Direito neste início do século XXI, porquanto, diante dos novos desafios impostos pela sociedade de risco diagnosticada por Beck, diz respeito diretamente à concretização de uma existência humana digna e saudável e marca paradigmaticamente a nova ordem de direitos transindividuais que caracterizam as relações jurídicas cada vez mais massificadas do mundo contemporâneo.

De acordo com o senso comum, um país só poderá mudar através da educação. O mesmo se dá com a relação do homem com a natureza. Somente com a educação ambiental é que a sociedade como um todo tomará consciência da necessidade de se preservar a natureza. Diz Custódio<sup>13</sup>:

A experiência de todos os povos tem demonstrado e vem demonstrando que somente por um processo gradativo de instrução, educação, de pesquisas, debates, trabalhos permanentes se atinge grau satisfatório e indispensável de conscientização, capaz de contribuir para a defesa e a proteção tanto dos recursos naturais como dos bens públicos e culturais, dos valores éticos ou morais em geral, no interesse individual, social e público.

Não bastam leis que protejam o ambiente natural se o ser humano não parar de poluir. Ações como a punição de poluidores, por mais que sejam importantes e necessárias, só remediam uma situação que com a educação ambiental poderia ser evitada.

É que a população informada e devidamente educada ambientalmente, se torna consciente de seu papel na preservação do seu entorno, pois como afirma Artifon<sup>14</sup> “não há como participar e prevenir sem ter existido previamente uma orientação sobre as causas e consequências dos danos ambientais”. Destaca a autora<sup>15</sup>:

Assim, a par da existência de normatização adequada, é preciso destacar o direito à informação e à educação ambiental como os instrumentos ideais na busca da aplicação efetiva das normas e princípios estabelecidos para este ramo interdisciplinar, tendo em vista o caráter manifestamente preventivo do direito ambiental.

Dessa forma, observa-se que o papel da educação ambiental é o de dotar os indivíduos de conhecimentos necessários para que possam fazer escolhas conscientes e compatíveis com a proteção da natureza, pois o dever de protegê-la não cabe só ao Estado, mas também aos

---

<sup>12</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 96.

<sup>13</sup> CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito à educação ambiental e à conscientização pública. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 38-56, abr-jun de 2000. p. 48.

<sup>14</sup> ARTIFON, Adriane Perini. **O direito à informação e à educação ambiental em face da Constituição Federal de 1988**. In: **Jurisprudência Brasileira Criminal**, vol. 44 – Crimes Ambientais. p. 95-102. Curitiba: Juruá, 2002. p. 97.

<sup>15</sup> ARTIFON, Adriane Perini. **O direito à informação e à educação ambiental em face da Constituição Federal de 1988**. p. 95.

cidadãos.

Aliás, a Constituição Federal de 1988, ao abordar a temática ambiental, diz expressamente, no art. 225, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A previsão na Carta de 1988 confere à educação ambiental o *status* de constitucional. Todavia, a Lei n. 6.938/1981, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, já previa a educação ambiental como um dos princípios da proteção da natureza. Vejamos:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, diz Lanfredi<sup>16</sup>:

A legislação da Política Nacional de Meio Ambiente, responsável por profundo processo de renovação, produziu mudanças políticas, inovações tecnológicas e mobilização social, que atingiram toda a sociedade, o que se tornou possível graças, sobretudo, à educação ambiental, colocada como um dos princípios maiores em que está fundamentada essa política do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 2º, X).

Mas somente em 1999, com a Lei n. 9.795, é que foi instituída a Política Nacional de Educação Ambiental que traz a definição, objetivos e balizamentos da educação ambiental no Brasil. Seus artigos iniciais nos dão um bom parâmetro do que se trata por educação ambiental na legislação pátria:

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Art. 2º A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

A educação ambiental, inclusive, foi abordada em diversos documentos internacionais, entre eles a Agenda 21, que foi um dos principais resultados da conferência Rio-92. Segundo

---

<sup>16</sup> LANFREDI, Geraldo Ferreira. A educação ambiental como instrumento de participação da sociedade na defesa do meio ambiente. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 297-304, abr-jun de 2002. p. 299.

Artifon<sup>17</sup>:

Com base nas recomendações da Agenda 21, os países devem promover, com a colaboração das organizações não-governamentais, todas as formas de programa de educação de adultos que incentivem a formação permanente sobre aspectos relacionados ao meio ambiente e desenvolvimento, centrando-se nos problemas locais.

Ainda sobre tal documento, complementa Galli<sup>18</sup>:

A Agenda 21 também antecipa que o ensino informal deve ser valorizado e incentivado nos planos locais, regionais e nacional; que é necessário promover a educação de adultos para incentivar a educação permanente sobre meio ambiente e desenvolvimento e que se deve dar prioridade à educação das mulheres e aos programas de alfabetização voltados para elas, programas esses que os governos devem garantir por meio de legislação específica. O setor empresarial pode incluir o desenvolvimento sustentável em seus programas de ensino e treinamento. Os programas de pós-graduação devem incluir cursos especialmente concebidos para treinar os responsáveis por decisões.

Não há dúvidas, portanto, de que a educação ambiental é um degrau importantíssimo para alcançarmos a sustentabilidade, pois, de acordo com Fensterseifer<sup>19</sup>, “a educação ambiental cumpre a missão de conscientização da sociedade sobre os problemas ambientais contemporâneos, apontando caminhos políticos e jurídicos para a superação de tais desafios.”

Ainda sobre a educação ambiental e seus efeitos, diz Fiorillo<sup>20</sup>:

Educar ambientalmente significa: a) reduzir os custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente; b) efetivar o princípio da prevenção; c) fixar a ideia de consciência ecológica, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas; d) incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos; e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades.

Pessoas educadas ambientalmente, então, são cientes de que fazem parte de um todo, e que tem o dever de agir com vistas a usar menos recursos naturais, a não causar danos ambientais, enfim, a preservar a natureza. E a educação ambiental não deve ser separada da educação geral ou de outros tipos de educação. Sobre isso, afirma Custódio<sup>21</sup>:

A educação ambiental, inseparável da permanente educação geral e da educação científico-ambiental, da educação técnico-ambiental, da educação econômico-ambiental, da educação político-ambiental ou educação jurídico-ambiental em particular, constitui, na verdade, o caminho fundamental, o meio único capaz de conduzir qualquer pessoa ao imprescindível grau de real

<sup>17</sup> ARTIFON, Adriane Perini. **O direito à informação e à educação ambiental em face da Constituição Federal de 1988**. p. 101.

<sup>18</sup> GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 81.

<sup>19</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. p. 129/130.

<sup>20</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128/129.

<sup>21</sup> CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito à educação ambiental e à conscientização pública**. p. 49.



sensibilidade e de responsável tomada de consciência, aliado ao firme propósito, por meio de efetiva participação, contribuição ou ação no sentido de explorar ou utilizar racionalmente a propriedade (própria ou alheia, pública ou privada), os recursos ambientais (naturais ou culturais) nela integrantes, bem como integrantes do meio ambiente e da Natureza, em permanente defesa e preservação do patrimônio ambiental saudável, como condição essencial à continuidade da vida em geral e à sobrevivência da própria humanidade.

A Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/1999) traz, em seu artigo 5º, os objetivos da educação ambiental, dentre os quais podemos destacar:

I - o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;

II - a garantia de democratização das informações ambientais;

III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;

IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;

VII - o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

Fica claro, portanto, que a educação ambiental fundamenta e é fundamentada pela sustentabilidade. Seu objetivo é conscientizar os indivíduos a transformarem seus hábitos em prol do ambiente natural, pensando não apenas na preservação da fauna e da flora, mas dos meios que garantam a qualidade da vida humana na Terra. Conclui Galli<sup>22</sup>:

Portanto, a educação ambiental deve gerar, com urgência, condutas pessoais mais conscientes e mudanças na qualidade de vida das pessoas, assim como harmonia entre os seres humanos e outras formas de vida, porque todos são aprendizes e educadores. A educação ambiental deve ter como base o pensamento crítico e inovador, em qualquer tempo ou lugar, em seus modos formal e não-formal, promovendo a transformação e a construção da sociedade.

Visto o conceito e as leis que tratam da educação ambiental, resta verificar suas modalidades e como pode ser posta em prática, para que a teoria venha a ter efeitos práticos, com a necessária transformação que tanto precisamos no mundo. É o que se passará a discutir no próximo tópico.

### **3. EDUCAÇÃO AMBIENTAL NAS ESCOLAS E FORA DELAS**

---

<sup>22</sup> GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. p. 78.

Como vimos até agora, a educação ambiental visa promover a proteção do meio natural por meio do conhecimento. Indivíduos ambientalmente educados agem conscientemente em seu dia a dia promovendo a melhoria da qualidade do ambiente. É o que explica Lorenzoni<sup>23</sup>:

Para educar e conscientizar o indivíduo acerca do meio ambiente ecologicamente equilibrado deve-se promover o desenvolvimento do conhecimento, com atitudes e meios necessários a preservação e melhoria da qualidade ambiental. Este processo inicia-se pela escola, expande para a vizinhança, até a cidade, região, país e etc. até que englobe toda a sociedade.

A Constituição Federal, no art. 225, § 1º, VI, prevê que incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Por “todos os níveis de ensino” entende-se que a educação ambiental deve ser inserida na educação infantil, no ensino fundamental e médio, na educação de jovens e adultos e também no ensino superior, nos cursos de graduação e pós-graduação. Destaca Custódio<sup>24</sup>:

A introdução da educação ambiental, formal e informal, como direito constitucionalmente assegurado e garantido a todos, de forma compatível com a permanente educação integral, com a educação científico-ambiental, a educação técnico-ambiental, a educação econômico-ambiental, a educação político-ambiental ou a educação jurídico-ambiental, também, formal e informal (CF, arts. 225, § 1º, VI, c/c arts. 37, 170, III, V, VI, 174, 205 a 214, 215 a 219), constitui, evidentemente, relevante marco e decisivo passo avante, na história do Direito Constitucional Brasileiro, diante da notória realidade que impõe a inadiável conciliação do legítimo desenvolvimento notadamente social, econômico, científico e tecnológico com a preservação do patrimônio ambiental (natural, cultural e do trabalho) saudável e indispensável à continuidade da vida presente e futura.

A lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/1999), em seus artigos 9º e 13, trata da educação ambiental no ensino formal e não-formal, respectivamente. Por educação ambiental no ensino formal, entende-se aquela “desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas” (art. 9º), e engloba a educação básica (infantil, ensino fundamental e médio), educação superior, educação especial, educação profissional e de jovens e adultos.

Há previsão de que a educação ambiental seja desenvolvida como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal, e ainda, que não deve ser implantada como disciplina específica no currículo, mas incorporadas nos planos

---

<sup>23</sup> LORENZONI NETO, Antonio; PAULICHI, Jaqueline da Silva. Educação Ambiental: Método para a consolidação do desenvolvimento sustentável. In: **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, ano IV, n. 10, p. 11-32, jan/abr de 2015. p. 26/27.

<sup>24</sup> CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito à educação ambiental e à conscientização pública**. p. 55.

das disciplinas regulares. Como destaca Galli<sup>25</sup>:

No âmbito da educação formal, a questão da inter, multi e transdisciplinariedade no que se relaciona à educação ambiental não deve ser tratada como matéria específica e isolada nos currículos, mas sim fazer parte de todo o projeto pedagógico a ser desenvolvido por cada instituição de ensino, de forma que ela esteja inserida em todas as disciplinas.

Sobre a abordagem da educação ambiental na legislação educacional brasileira, Lipai, Layrargues e Pedro alertam que ela ainda é enxuta e pouco aprofundada. Dizem os autores<sup>26</sup>:

Na legislação educacional, ainda é superficial a menção que se faz à educação ambiental. Na Lei de Diretrizes e Bases, nº 9.394/96, que organiza a estruturação dos serviços educacionais e estabelece competências, existem poucas menções à questão ambiental; a referência é feita no artigo 32, inciso II, segundo o qual se exige, para o ensino fundamental, a “compreensão ambiental natural e social do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade”: e no artigo 36, § 1º, segundo o qual os currículos do ensino fundamental e médio “devem abranger, obrigatoriamente, (...) o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil.

Não basta a previsão legal de que a educação ambiental deve estar presente nos currículos escolares. É necessário que haja maior detalhamento, para que professores e gestores possam melhor abordar tal matéria de acordo com os níveis e as modalidades de ensino.

Sobre a educação ambiental no ensino infantil e início do fundamental, e também no ensino médio e na educação de jovens e adultos, lecionam Lipai, Layrargues e Pedro<sup>27</sup>:

Na educação infantil e no início do ensino fundamental é importante enfatizar a sensibilização com a percepção, interação, cuidado e respeito das crianças para com a natureza e cultura destacando a diversidade dessa relação. Nos anos finais do ensino fundamental convém desenvolver o raciocínio crítico, prospectivo e interpretativo das questões socioambientais bem como a cidadania ambiental. No ensino médio e na educação de jovens e adultos, o pensamento crítico, contextualizado e político, e a cidadania ambiental devem ser ainda mais aprofundados, podendo ser incentivada a atuação de grupos não apenas para a melhoria da qualidade de vida, mas especialmente para a busca de justiça socioambiental, frente às desigualdades sociais que expõem grupos sociais economicamente vulneráveis em condições de risco ambiental.

Com efeito, a abordagem deve ser diferenciada de acordo com a série, o meio que em o estudante está inserido, as práticas comuns na comunidade em que se encontra, e os objetivos que se quer alcançar com a educação ambiental em determinada faixa etária. Continuam os

---

<sup>25</sup> GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. p. 141.

<sup>26</sup> LIPAI, Eneida Maekawa; LAYRARGUES, Philippe Pomier; PEDRO, Viviane Vazzi. Educação ambiental na escola: tá na lei... In: **Vamos cuidar do Brasil: conceitos e práticas em educação ambiental na escola** [Coordenação: Soraia Silva de Mello, Rachel Trajber] – Brasília: Ministério da Educação, Coordenação Geral de Educação Ambiental: Ministério do Meio Ambiente, Departamento de Educação Ambiental: UNESCO, 2007, p. 23-32. p. 25.

<sup>27</sup> LIPAI, Eneida Maekawa; LAYRARGUES, Philippe Pomier; PEDRO, Viviane Vazzi. **Educação ambiental na escola: tá na lei...**, p. 23-32. p. 30.

autores a explicar que<sup>28</sup>:

Quanto ao ensino técnico, no âmbito do ensino médio e educação superior, é fundamental o conhecimento de legislação e gestão ambiental aplicáveis às atividades profissionais enfatizando a responsabilidade social e ambiental dos profissionais.

Na educação superior, seria vantajosa a criação de disciplina ou atividade que trate da educação ambiental, de legislação e gestão ambiental, incluindo o enfoque da sustentabilidade na formação dos profissionais que atuam nas diferentes áreas.

Além disso, no ensino médio, no ensino técnico e na educação superior, é preciso incentivar projetos de pesquisa voltados à construção de metodologias para a abordagem da temática socioambiental; e à melhoria do nível técnico das práticas de produção, uso e ocupação, recuperação e conservação ambientais.

Não se pode olvidar do ensino superior, em especial dos cursos de Direito, em que a disciplina de Direito Ambiental se encontra cada vez mais presente nas grades curriculares dos cursos de formação dos futuros operadores do Direito, como destaca Fensterseifer<sup>29</sup>:

Dentro da perspectiva de formação educacional para a proteção do ambiente, também merece destaque o ensino do direito ambiental, já que também se apresenta como projeção do próprio princípio da educação ambiental, inclusive com a sua progressiva inclusão como disciplina nos currículos universitários. O direito Ambiental também é um instrumento importante de formação político-ambiental da sociedade, já que é, na sua essência, um direito de luta.

Por sua vez, a educação ambiental não-formal é prevista no art. 13 da referida lei, e abrange “ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.” Ela pode se dar pela difusão de programas e campanhas educativas nos meios de comunicação de massa, em atividades elaboradas com a participação da escola, da universidades e de ONGs visando a educação ambiental não-formal, e ainda junto aos agricultores e no ecoturismo, com vistas não poluir e utilizar conscientemente os recursos naturais.

Une-se aqui a esfera ecológica e a social, que devem ser trabalhadas justas para se chegar à sustentabilidade. Na lição de Ayala e Mamed<sup>30</sup>:

A educação ambiental, na fase atual, enfrenta pelo menos dois desafios iniludíveis: por um lado o desafio ecológico, que implica contribuir a formar e capacitar não somente aos jovens e crianças, mas também aos gestores e às demais pessoas que tomam as decisões, para que orientem seus

---

<sup>28</sup> LIPAI, Eneida Maekawa; LAYRARGUES, Philippe Pomier; PEDRO, Viviane Vazzi. **Educação ambiental na escola**: tá na lei... p. 30/31.

<sup>29</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. p. 130.

<sup>30</sup> AYALA, Cecílio Arnaldo Rivas; MAMED, Danielle de Ouro. Novos aportes para a educação ambiental pelo viés dos direitos socioambientais e do novo constitucionalismo latino-americano. *In*: **Educação ambiental**: premissas inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável / organizadoras: Ana Alice de Carli e Saádia Borba Martins. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 71-94. p. 74/75.

valores e comportamentos para uma relação harmônica com a natureza. Por outro lado, há que se considerar o desafio social consistente em superar a repartição injusta dos recursos, fato que nos impele a transformar radicalmente as estruturas de gestão e de redistribuição dos recursos da Terra. Ambas questões apontadas constituem verdadeiros eixos referenciais quando se fala em um novo modelo de educação ambiental nos moldes do desenvolvimento sustentável, devendo, ainda, passar por uma reestruturação da racionalidade que permeia as sociedades, fato observado nas questões que envolvem, por exemplo, o socioambientalismo e o novo constitucionalismo latino-americano.

A prática da educação ambiental não-formal pode e deve ser feita não apenas por órgãos públicos, mas por meios de comunicação em massa, ONGs, projetos elaborados por escolas e universidades que se realizam com a participação da comunidade, enfim, há todo um espaço em que a educação ambiental pode atuar. É o que destaca Lanfredi<sup>31</sup>:

Não só na escola, senão também por outros meios, pode-se realizar esse trabalho, ou seja, a educação ambiental pode e deve ser executada em dois planos, a fim de se conseguir a conscientização de toda a comunidade. Uma, de ação imediata, pelos meios de comunicação: rádio, TV, imprensa. É a denominada educação informal. Outra, com retorno em longo prazo, que será implementada justamente pela instrução escolar, correspondente à educação formal.

Como temos destacado por todo este trabalho, o objetivo da educação ambiental, seja ela formal ou não-formal, é a de conscientizar os indivíduos sobre o impacto que suas ações tem sobre a natureza. Assim, a disseminação desses conhecimentos, na modalidade não-formal, pode ser feito por todos, pois as práticas condizentes com a preservação dos recursos naturais independem de formação ou letramento. Nos dizeres de Galli<sup>32</sup>:

A educação ambiental informal pode ser ensinada e replicada por todos, e é hábil para causar mudanças imediatas de postura e de comportamento das pessoas em geral, não importando questões de gênero, idade, classe social, religião, raça, etc., pois o argumento que lhe dá fundamento e profundidade se encontra latente, até mesmo devido à sua difusão nos meios de comunicação. Independentemente dos assustadores índices de analfabetismo que assolam o país, nada impede que as pessoas, letradas ou não, sejam ambientalmente educadas e aprendam a cuidar do meio em que vivem aplicando-lhe, inclusive, conhecimentos de suas comunidades tradicionais – hoje esquecidos e subjugados pela globalização e pelo consumismo –, deixando assim de ser “analfabetas ambientais”.

É porque o objetivo principal – a conscientização para o tema ambiental - depende de uma reflexão crítica, da mudança comportamental em decorrência da percepção de que a defesa da natureza depende apenas de nossas ações. É preciso que os indivíduos percebam que está em suas mãos o destino do planeta, e que juntos temos que encontrar o caminho para a sustentabilidade.

---

<sup>31</sup> LANFREDI, Geraldo Ferreira. **A educação ambiental como instrumento de participação da sociedade na defesa do meio ambiente**. p. 301.

<sup>32</sup> GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. p. 208.

Segundo Guimarães<sup>33</sup>, é importante o comprometimento de todos para o enfrentamento dos problemas ambientais:

No processo, o educando deve ser estimulado a uma reflexão crítica para se transformar individualmente e, ao mesmo tempo, subsidiar uma prática que busque intencional e coletivamente transformar a sociedade. Esse processo de conscientização se dá por intermédio de uma formação cidadã comprometida com o exercício do enfrentamento das questões socioambientais da atualidade. Esse exercício por meio de intervenções educativas se contextualiza para além dos muros das escolas, já que na interação com sua comunidade, pode, se aplicando criticamente os conhecimentos acumulados (conteúdos curriculares), produzir uma interpretação da realidade vivida (local/global) e que nesse processo de experiencição que envolve o saber, sentir e fazer (individual e coletivamente) promove uma reformulação do que é esta realidade e como ela se constitui gerando, assim, a construção de um novo conhecimento, alimentador de novas práticas que promovem transformações.

Apesar de a educação ambiental ser promovida em meio à sociedade, os princípios ambientais devem começar a ser semeados ainda na escola, durante a formação crítica dos indivíduos, para que possam crescer e agir em conformidade com a ética ambiental. Daí a conclusão de Guimarães<sup>34</sup>, ao afirmar que a educação ambiental se inicia na escola, mas se realiza fora dela:

Trazer a realidade de fora da escola para dentro e retornando com ações educativas na comunidade é o pressuposto de uma abordagem relacional. Todo esse processo é um ambiente educativo propício para o desenvolvimento de uma educação ambiental em seu caráter crítico, que se inicia na escola, mas se realiza para além de seus muros.

Tendo em vista o atual estágio em que nos encontramos, ainda há muito a ser feito. A educação ambiental nas instituições de ensino deve ser fortalecida, os projetos extracurriculares devem ser estimulados, e a ação na sociedade precisa ser mais contundente.

A legislação ambiental, no que toca à educação, precisa ser reforçada e difundida, e novos parâmetros devem ser estabelecidos, para que a educação ambiental seja forte e eficaz. Muito há que ser debatido, para que a situação delicada em que nos encontramos realmente se inverta. Difundir a educação ambiental e colocar em prática seus princípios é um desafio da presente geração, para resguardar o direito ao ambiente saudável das futuras gerações.

Neste trabalho, objetivou-se trazer um pouco da educação ambiental para discussão, reforçando sua importância no caminho para se alcançar a sustentabilidade. Apenas com

---

<sup>33</sup> GUIMARÃES, Mauro. Educação ambiental: participação para além dos muros da escola. In: **Vamos cuidar do Brasil**: conceitos e práticas em educação ambiental na escola [Coordenação: Soraia Silva de Mello, Rachel Trajber] – Brasília: Ministério da Educação, Coordenação Geral de Educação Ambiental: Ministério do Meio Ambiente, Departamento de Educação Ambiental: UNESCO, 2007, p. 86-93. p. 91.

<sup>34</sup> GUIMARÃES, Mauro. **Educação ambiental**: participação para além dos muros da escola. p. 92.

indivíduos bem informados, conscientes de seu papel na sociedade e que participem ativamente na tomada de decisões em prol da defesa da natureza é que garantiremos nossa permanência no planeta. E isso se dará através da educação ambiental. É um trabalho em construção e espera-se que boas notícias estejam por vir.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Chegamos ao ponto em que as catástrofes ambientais se tornaram matéria regular nos noticiários. O planeta vem dando sinal de esgotamento, os quais não podemos mais ignorar.

Sabemos que o caminho a ser seguido é o da sustentabilidade. É preciso reduzir drasticamente a exploração dos recursos naturais, frear a poluição dos rios e do solo, adequar nosso estilo de vida para que não retiremos da Terra mais do que ela pode nos dar.

Essa mudança de postura somente se dará com a educação ambiental. É preciso informar as pessoas do funcionamento da natureza e das consequências de sua exploração desmedida, para que tomem consciência da extensão de seus atos e passem a agir com vistas à preservação da natureza.

A lei da Política Nacional do Meio Ambiente, desde 1981, prevê a educação ambiental como um dos princípios da proteção do ambiente. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 ratificou a importância da educação ambiental, em seu art. 225. Enfim, a lei da Política Nacional da Educação Ambiental veio tornar obrigatória a inclusão do ensino ambiental na educação formal e estimular sua propagação no ensino não-formal, em meio à comunidade.

Apesar de não ser uma disciplina obrigatória no ensino regular, a educação ambiental deve ser abordada nos currículos das demais disciplinas, diante de seu caráter interdisciplinar. Nos cursos de graduação e pós-graduação, a inserção de módulos de educação ambiental deve ser estimulada, assim como no ensino profissionalizante, para que os indivíduos ingressem no mercado de trabalho com a visão de que é preciso atingir a sustentabilidade.

No ensino não-formal, é imprescindível a participação de meios de comunicação de massa, de ONGs e também de escolas e universidades, na promoção e divulgação de programas e campanhas educativas, para que a educação ambiental possa atingir cada vez mais pessoas, sensibilizando aqueles que ainda adotam práticas que ofendem o ambiente natural.

Estamos cientes de que a mera obrigatoriedade da educação ambiental prevista em lei não é suficiente para pô-la em prática. Tampouco pode-se descuidar da qualidade das informações que estão sendo repassadas. Por isso, é preciso também qualificar os profissionais do ensino, para que sejam capacitados a promover a conscientização que é tão importante à matéria ambiental.

Já estivemos mais longe do objetivo final, que é a conscientização de toda a sociedade para a necessidade de adotar práticas e hábitos sustentáveis. Porém, há um longo percurso a ser seguido, e o relógio na natureza é uma força que não pode ser parada. Aos leitores deste trabalho, fica o pedido de que repliquem este conhecimento, para que este apelo não se resuma a meras palavras no papel.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARTIFON, Adriane Perini. O direito à informação e à educação ambiental em face da Constituição Federal de 1988. *In: Jurisprudência Brasileira Criminal*, vol. 44 – Crimes Ambientais. p. 95-102. Curitiba: Juruá, 2002.

AYALA, Cecílio Arnaldo Rivas; MAMED, Danielle de Ouro. Novos aportes para a educação ambiental pelo viés dos direitos socioambientais e do novo constitucionalismo latino-americano. *In: Educação ambiental: premissas inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável /* organizadoras: Ana Alice de Carli e Saádia Borba Martins. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 71-94.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm).

BRASIL. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm).

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito à educação ambiental e à conscientização pública. *In: Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 38-56, abr-jun de 2000.

DERANI, Cristiane. Aplicação dos princípios do direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. *In: TÔRRES, Heleno Taveira. Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.



p. 641-652.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. *In*: BARRAL, Welber (Org.) **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 73-94.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal – São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá, 2008.

GUIMARÃES, Mauro. Educação ambiental: participação para além dos muros da escola. *In*: **Vamos cuidar do Brasil**: conceitos e práticas em educação ambiental na escola [Coordenação: Soraia Silva de Mello, Rachel Trajber] – Brasília: Ministério da Educação, Coordenação Geral de Educação Ambiental: Ministério do Meio Ambiente, Departamento de Educação Ambiental: UNESCO, 2007, p. 86-93.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. A educação ambiental como instrumento de participação da sociedade na defesa do meio ambiente. *In*: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 297-304, abr-jun de 2002.

LIPAI, Eneida Maekawa; LAYRARGUES, Philippe Pomier; PEDRO, Viviane Vazzi. Educação ambiental na escola: tá na lei... *In*: **Vamos cuidar do Brasil**: conceitos e práticas em educação ambiental na escola [Coordenação: Soraia Silva de Mello, Rachel Trajber] – Brasília: Ministério da Educação, Coordenação Geral de Educação Ambiental: Ministério do Meio Ambiente, Departamento de Educação Ambiental: UNESCO, 2007, p. 23-32.

LORENZONI NETO, Antonio; PAULICHI, Jaqueline da Silva. Educação Ambiental: Método para a consolidação do desenvolvimento sustentável. *In*: **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, ano IV, n. 10, p. 11-32, jan/abr de 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2014.

Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Relatório Brundtland, “Nosso Futuro Comum”. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. *In*: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2014. p. 11 – 36.

# A INFLUÊNCIA DA TRADIÇÃO CONTINENTAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Bruna Maria de Carvalho Civinski<sup>1</sup>

Danielle Mariel Heil<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar as influências sofridas pelo direito pátrio do modelo estadunidense de construir decisões jurídicas a partir do uso de Precedentes.

Essa influência levou, por exemplo, a introdução do uso dos Precedentes, deixando de lado a ideia totalitária da primazia da lei, numa clara alusão aos Precedentes vinculantes das cortes da família da *Common Law* pelo Brasil.

As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional, quando necessário<sup>3</sup>. Outros instrumentos de Pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal desse estudo se torne esclarecedor ao leitor.

A abordagem tem como objetivo geral, compreender o sistema jurídico brasileiro, o qual deriva de tradição distinta da do *Common Law*, introduzindo sobre a convergência vivenciada por tais sistemas jurídicos.

Os objetivos específicos são: a) revelar como o ordenamento jurídico brasileiro vem incorporando o uso dos Precedentes, dando origem ao fenômeno da *Commonlização*; b) identificar e compreender as decisões dos Tribunais Brasileiros na seara ambiental; c) apresentar casos reais julgados pelos Tribunais Superiores Brasileiros, dentre eles do Superior Tribunal de Justiça, em que constam os legados advindos do modelo *Common Law* no ordenamento jurídico

---

<sup>1</sup> Mestranda do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI. Especialista em Direito Notarial e Registral e, também, em Direito Civil. Graduada em Direito pela UNIVALI. Atualmente é Oficial Registradora do Registro Civil, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Barra Velha/SC.

<sup>2</sup> Advogada, com atuação na Procuradoria Geral do Município de Brusque-SC. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal junto a Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Fundação Educacional Damásio de Jesus. Pós-graduanda em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Mestranda em Ciências Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

<sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 93-97; 108; 113-130. O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo<sup>3</sup>. Na fase de Tratamento dos Dados, utilizou-se o Método Cartesiano.

brasileiro.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: os Tribunais Brasileiros vêm se utilizando nas decisões de cunho ambiental, de teorias e doutrinas advindas do sistema *Common Law*?

Para o equacionamento do problema, levanta-se a seguinte hipótese: há efetiva influência do movimento anglo-saxão no ordenamento jurídico brasileiro para a construção de decisões jurídicas, especialmente na seara do Direito Ambiental.

Para fins deste artigo, buscaram-se, também, autores tais como, Lenio Luiz Streck, Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet, John Henry Merryman e Fredie Didier Jr, entre outros, que apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar os significados e contextos de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

## 1. O DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO E AS INFLUÊNCIAS DA MUNDIALIZAÇÃO

Nos últimos anos, a globalização aproximou culturas e Estados, influenciando na maneira de lidar com a política, ciência e, conseqüentemente, com o Direito, pois este traz consigo toda a base histórica utilizada na construção de cada sistema<sup>4</sup>.

Sobre a evolução dos sistemas jurídicos, pontua Grau<sup>5</sup>:

O sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Abertura no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico. O sistema objetivo é dinâmico, suscetível de aperfeiçoamento. O direito é produto histórico, cultural, está em contínua evolução.

Com as constantes evoluções na sociedade mundial, bem como nas relações daí decorrentes, o mundo jurídico tem o dever de acompanhá-las, a fim de melhor servir àqueles que buscam a justiça.

Uma das conseqüências desta globalização é o chamado comércio entre juízes<sup>6</sup>.

A necessidade de “descrever um espaço judicial que nasça independentemente da

---

<sup>4</sup> SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. **O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro** – a busca pela uniformidade das decisões judiciais. Revista Justiça do Direito (UPF), Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016.

<sup>5</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24.

<sup>6</sup> Expressão utilizada por ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**. A Nova Revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 15.

referência a um sistema jurídico homogêneo e vinculativo”<sup>7</sup>, tem na chamada mundialização das decisões judiciais uma forma de possibilitar a coexistência harmoniosa entre vários sistemas jurídicos, em especial o *civil law* e *Common Law*.

Cruz<sup>8</sup> preconiza que é possível que o movimento de globalização, com a intervenção de novos pressupostos democráticos, impulse outras formas de integração que permitam o início de uma caminhada em direção a um desenvolvimento comum solidário.

Nesse contexto, a teoria da Sociedade do Risco<sup>9</sup> analisa a necessidade de se repensar o paradigma pós-moderno.

Para tanto, o presente artigo enfatiza a necessidade de se alcançar maior eficácia na proteção dos riscos tendo como base as experiências e métodos de decisão judicial pelo mundo.

A percepção dos riscos ambientais, por exemplo, segundo Beck<sup>10</sup>, gera uma percepção pública dos riscos, emergindo daí uma sociedade disposta a reações e intercâmbio de medidas pró meio ambiente.

Sobre o intercâmbio de decisões, sustentam Allard e Garapon<sup>11</sup>:

Até muito recentemente confinados ao território nacional, os juízes passam, de agora em diante, a estabelecer entre eles, e através das fronteiras, relações cada vez mais sólidas e confiantes. Estas relações podem tomar as formas mais diversas: [...] formações comuns, diálogo entre tribunais, [...] capitalizações informais de jurisprudências, etc.<sup>12</sup>

Toda essa nova concepção é incompatível com o positivismo jurídico vivenciado em solo brasileiro, o qual tem como postulados essenciais a imparcialidade e a segurança jurídica, em que prevalece a lei<sup>13</sup>.

O ideal de integração traz uma nova visão da atividade judicial e um maior protagonismo do Judiciário<sup>14</sup>, no sentido de mudanças de paradigmas e adaptação com as novas realidades que

---

<sup>7</sup> ALLARD, Jullie e GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização**. A nova revolução do Direito. Lisboa: Editora do Instituto Piaget, 2005. p. 05.

<sup>8</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI Editora, 2011. p. 87.

<sup>9</sup> Ulrich Beck denominou em 1986, a sociedade em que vivemos de “sociedade do risco”. Outros autores conceberam diferentes expressões como: “sociedade pós-moderna”, “sociedade tecnológica”, “sociedade pós-industrial”. Todas têm em comum a conexão com a idéia de risco global. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2002.

<sup>10</sup> BECK, Ulrich. O que é Globalização? **Equívocos do Globalismo**. Respostas à Globalização. Trad. André Carone – São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 175

<sup>11</sup> ALLARD, Jullie e GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização**. p. 09.

<sup>12</sup> ALLARD, Jullie e GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização**. p. 09.

<sup>13</sup> RAMOS, Antonio José da Ascensão. **Ativismo Judicial**. Portal de Direito Verbo Jurídico. Novembro de 2012. Disponível em: <[https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos\\_ativismojudicial.pdf](https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>14</sup> HAIDAR, Rodrigo; SCRIBONI, Marília. Entrevista do professor Peter Heberle. **Consultor Jurídico**. 29 de maio de 2011. Disponível

a sociedade moderna exige.

Desse modo, evidencia-se a efetiva mescla de experiências judiciais, quando o sistema jurídico brasileiro se depara com a força com que a jurisprudência vem se infiltrando dia após dia no ordenamento pátrio.

O Brasil, que é filiado ao sistema do *Civil Law*, vem sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial, restando observado que a lei não é suficiente para garantir segurança jurídica à sociedade.

Marinoni<sup>15</sup> aponta que a lei por si só não é o bastante para garantir a segurança jurídica e previsibilidade das decisões:

A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do civil law. O civil law vive, atualmente, a contradição entre o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura.

Além disso, o legislador não consegue antecipar todos os fatos, de forma que mesmo uma lei permanecendo inalterada em sua estrutura; frequentemente tem o seu significado modificado em virtude das mudanças sociais e da ocorrência de novos fatos não previstos pelo legislador<sup>16</sup>.

Esse pensamento fez com que muitos juristas percebessem que o texto da lei se tornou um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário.

Na concepção de Cappelletti<sup>17</sup>:

A certeza jurídica decorreria da letra da lei, na medida em que esta possibilitaria ao cidadão segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Porém, com a crise da modernidade, ocorreram profundas transformações na hermenêutica jurídica, sendo inegável nos dias atuais que a atividade de interpretar a lei, constitui-se, também, em criação do direito, em construção do sentido da norma.

Segundo Costa<sup>18</sup>, "[...] um sistema jurídico que seja apenas normativo e isento de valores não mais se coaduna com a realidade em que vivemos".

---

em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

<sup>16</sup> MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. 2. ed. México: FCE, 1989. p. 87.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 20-21.

<sup>18</sup> COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 37, 2002, p. 84.

A consequência disso é que o ideal de segurança jurídica no texto da lei desfaz-se diante da incerteza quanto aos fatos da vida cotidiana. Na verdade, a lei clara, completa, e que preveja todos os fatos, como se vislumbra no *civil law*, demonstra-se uma grande utopia.

Assim, constata-se que o Direito interno, de base codificada, está se transformando gradualmente em um sistema diretamente apegado aos Precedentes e ao que os juízes dizem, de fato, que é Direito. Tendência esta, muito perigosa, conforme Streck<sup>19</sup>, denominada de *Commonlização*.

O nome se dá em razão do movimento de convergência dos sistemas *Civil Law*, do qual o Brasil é adepto, e o modelo do *Common Law*.

Essa aproximação levou, por exemplo, a introdução da teoria dos Precedentes, deixando de lado a ideia totalitária da primazia da lei, numa clara alusão aos Precedentes vinculantes das cortes da família da *Common Law* pelo Brasil.

Hoje, o que se observa é uma grande mutação dos sistemas, para um sistema híbrido “temos um novo *Civil Law* e um novo *Common Law*, ambos exploram a principal forma de direito do outro, sem, contudo, alterar-se”<sup>20</sup>.

Merryman<sup>21</sup> ressalta acerca das profundas transformações suportadas pela tradição de *civil law*, na medida em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 eliminou os dogmas da supremacia da lei<sup>22</sup>. Observe-se sobre o tema:

A concepção dogmática do que é o direito, como muitas outras implicações dos dogmas do período revolucionário, tendo sido minada pelo tempo e pelos acontecimentos. É possível que a inovação mais extraordinária tenha sido o forte movimento feito pelo constitucionalismo, com seu empenho na rigidez funcional, e, portanto, na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. [...] Inserem um elemento novo na hierarquia das fontes do direito, que agora fica assim: constituição, legislação, regulamentos e costume. Ademais, se um tribunal pode decidir que um estatuto é inválido porque está em conflito com a constituição, se destrói o dogma da separação estrita entre o poder legislativo e o poder judicial.

Tal fato demonstra que os sistemas jurídicos ora analisados não são mais inteiramente puros, podendo se vislumbrar um quadro tendencial de recíproca aproximação entre as famílias

---

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o Precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>20</sup> RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 27 de junho de 2016.

<sup>21</sup> MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. 2. ed. México: FCE, 1989. p. 56.

<sup>22</sup> MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. p. 56.

da *civil law* e da *Common Law*<sup>23</sup>.

Se nos países norte-americanos se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a estabilidade do uso dos Precedentes (*stare decisis*); os operadores do Direito do *civil law* procuram cada vez mais pensar em meios para estabilizar a jurisprudência<sup>24</sup>.

Considerando a incorporação de instrumentos de outros sistemas pelo o ordenamento pátrio, importante salientar que o Brasil, na percepção de Didier<sup>25</sup>, é um país de todas as teorias e doutrinas:

O Sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense [...] e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial *review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. [...]), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direito é uma marca da tradição jurídica do *common law* [...].

Para referido autor, a tradição jurídica brasileira representa uma *brazilian law*<sup>26</sup>. Isto é, não representa mais um sistema puro de *civil law*, nem tampouco possui todas as características essenciais ao *Common Law*.

Nessa fase de convergência de teorias, o Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup> já se manifestou sobre os legados advindos do modelo *Common Law*:

[...] Foi acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi-nos legada pelo "*common law*" por intermédio da "*disregard doctrine*", nascida da necessidade de se garantir o papel determinado juridicamente às sociedades comerciais, para que não sirvam de instrumento para sócios inescrupulosos, possibilitando a atuação no mercado com fraude ou abuso de direito (STJ, Processo AREsp 633879 SP 2014/0338756-6. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação: DJ 14/04/2015)<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> RAMOS, Henrique Carlos. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013. p. 80.

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 334-335.

<sup>25</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42.

<sup>26</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 43.

<sup>27</sup> No decorrer da pesquisa será utilizada a sigla STJ.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Agravo em Recurso Especial n. 633879, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, 14 de abril de 2015.



Procurando inspiração no sistema *Common Law*, e na busca da tão sonhada segurança jurídica, é que o sistema jurídico brasileiro vem incorporando diretrizes do sistema norte-americano, com especial ênfase na seara ambiental, como foi o caso da implementação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

## 2. O *COMMON LAW* NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Superada a análise acerca da inequívoca aplicação dos instrumentos do sistema *Common Law* em solo brasileiro, resta analisar a matéria ambiental e, portanto, iniciar-se-á caracterizando o Direito Ambiental como direito difuso.

De acordo com Cappelletti, citado por Fiorillo<sup>29</sup> “[...] do abismo criado entre o público e o privado, preenchido pelos direitos metaindividuais, emergiram os denominados bens de natureza difusa”.

Os interesses e direitos difusos, caracterizam-se quando não há uma determinação absoluta dos titulares, que estão ligados a circunstâncias de fato. São considerados materialmente indivisíveis<sup>30</sup>.

Importante registrar o contido no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que ressalvou e assegurou a existência de um bem que não é público, nem particular, mas sim de uso comum de toda a população<sup>31</sup>.

O meio ambiente, como macrobem, é bem público, conforme salienta Benjamin<sup>32</sup>, não porque pertença ao Estado, mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como um “direito de todos”.

A toda evidência, o termo “bem de uso comum” expressa, sim, o caráter difuso da proteção ambiental, pois, não sendo de ninguém é de todos.

Posteriormente, com a publicação da Lei Federal n. 8.078, de 1990, houve a definição legal

---

<sup>29</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

<sup>30</sup> ZAVASKI, T.A. Processo Coletivo. **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

<sup>31</sup> Art. 225. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>32</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In **Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66.

dos direitos metaindividuais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos)<sup>33</sup>.

Conforme afirma Dinamarco<sup>34</sup>, a Lei nº 6.938/81, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, inovou e modificou a estrutura judicial de resolver conflitos ao identificar a lesão ambiental como transindividual e de massa.

O meio ambiente equilibrado evidencia um bem jurídico autônomo e com todas as características de um verdadeiro interesse difuso, quais sejam “[...] indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”<sup>35</sup>.

Para melhor elucidação dos direitos difusos da ordem ambiental, faz-se necessário analisar o direito ao meio ambiente como direito fundamental, e, portanto, realizar-se-á um breve histórico da evolução das gerações, conforme afirmam Bobbio<sup>36</sup>, Marchesan, Steigleder e Cappelli<sup>37</sup> ou dimensões, como preferem, Sarlet<sup>38</sup>, Mazzuoli<sup>39</sup>, Fensterseifer<sup>40</sup>, Cattoni de Oliveira<sup>41</sup>, Cançado Trintade<sup>42</sup> e Bonavides<sup>43</sup>, dos direitos fundamentais, da primeira à quarta dimensão.

Anote-se que, na presente pesquisa, optou-se por tratar as distintas fases dos direitos fundamentais pela designação dimensão de direitos fundamentais, sem prejuízo da expressão geração, utilizada por alguns doutrinadores, para tratar do mesmo objeto.

A terminologia – dimensões de direitos – surge como a mais adequada, em razão dos direitos fundamentais representarem a ideia de acumulação dos direitos no decorrer do tempo.

---

<sup>33</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

<sup>34</sup> DINAMARCO, R. Cândido. O Poder Judiciário e o Meio Ambiente. In **Revista dos Tribunais** nº 631, ano 77, p. 24-28, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 1988, p. 25-26.

<sup>35</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 23/24.

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

<sup>37</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. p. 20/21.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53.

<sup>39</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 211.

<sup>40</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 144.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Discurso de aplicação e direito fundamentais**: autonomia pública e autonomia privada no Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: Atualidade III. Princípios Jurídicos no Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 631.

<sup>42</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p 390.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 572.

Conforme preceitua Cattoni de Oliveira<sup>44</sup>:

Assim, o reconhecimento da interdependência e da indivisibilidade dos direitos romperia com um enfoque meramente histórico-cronológico que marca a classificação dos direitos em gerações, posto que o sentido da validade jurídica, da vigência e da efetividade dos direitos que comporiam o chamado 'núcleo indivisível fundamental' deveria resultar modificado em razão de uma nova compreensão jurídica, a cada nova ruptura paradigmática. Ou seja, a cada novo paradigma haveria a necessidade de se redefinir como compatibilizar o sentido de um direito em relação aos outros, e vice-versa.

Do mesmo modo sustenta Cançado Trindade<sup>45</sup>, quando afirma que "a fantasia nefasta das chamadas 'gerações de direitos', histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada".

Portanto, a utilização da expressão dimensão já é assunto superado no ordenamento pátrio: "[...] o processo de desenvolvimento dos direitos humanos, assim, opera-se em constante cumulação, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos, fundada na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência."<sup>46</sup>.

Sobre as diferentes dimensões dos direitos fundamentais, importante registrar que o seu conteúdo e origem podem ser observados a partir de problemas ou condições de determinado momento histórico em que foram concebidos<sup>47</sup>.

Advindas das mudanças decorrentes do processo de industrialização, dentre outras alterações provocadas pela evolução do Estado Democrático de Direito, as dimensões dos direitos fundamentais restaram profetizadas na expressão de Bonavides<sup>48</sup>, com o lema da Revolução Francesa de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Por oportuno, destacam-se as três distintas dimensões de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidas. São elas:

Uma primeira dimensão, que corresponde ao constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX, com uma acentuada ênfase dos textos constitucionais à dimensão individual, como proteção do indivíduo

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Discurso de aplicação e direito fundamentais**: autonomia pública e autonomia privada no Estado Democrático de Direito. p. 631.

<sup>45</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p. 390.

<sup>46</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 211.

<sup>47</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 562.

à ameaça do Estado – direitos de liberdade – e garantia para sua participação na vida pública – direitos políticos; uma segunda dimensão que corresponde ao constitucionalismo social do pós-I Guerra Mundial, com constituições nas quais aos direitos anteriores são acrescentados outros, que levam em consideração as relações do indivíduo com seu meio social – relações de trabalho, econômicas, etc.; uma terceira dimensão, que corresponde aos direitos coletivos, relativos a bens antes considerados como naturais, culturais e base da vida, mas que começaram a tornar-se escassos e cujo desaparecimento ameaçaria a coletividade como um todo – direito ao meio ambiente saudável, patrimônio artístico e cultural etc.<sup>49</sup>

Importante salientar que apesar de não estarem consolidados em nenhuma constituição ou declaração, há juristas, como Bonavides<sup>50</sup>, Cruz<sup>51</sup> e Bobbio<sup>52</sup>, que consideram a existência dos direitos de quarta dimensão. Tais direitos fundamentais surgiram na última década, em virtude do avançado grau de desenvolvimento tecnológico da humanidade.

De acordo com Bobbio<sup>53</sup> a quarta dimensão dos direitos fundamentais decorre dos avanços em engenharia genética e biotecnologia, “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direito de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Já para Sarlet<sup>54</sup>, a classificação dos direitos de quarta e até mesmo de quinta dimensão são desnecessários, eis que “[...] a quarta trata sobre a bioética e, *bio* significa vida e entraria na primeira dimensão de direito, enquanto a quinta trata a respeito da cibernética e informação, e entraria na terceira dimensão de direitos”.

Portanto, foram identificados cinco direitos de fraternidade, ou seja, pertencentes a terceira dimensão “[...] o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”<sup>55</sup>.

Nas palavras de Prediger<sup>56</sup>, no que tange aos direitos fundamentais de terceira dimensão:

---

<sup>49</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157/158.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 572.

<sup>51</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 157/158.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 06.

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 564.

<sup>56</sup> PREDIGER, André Eduardo Schröder. **Da concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado**. 2007. 130 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. Disponível em: <[http://www.unisc.br/cursos/pos\\_graduacao/mestrado/direito/corpo\\_discente/2007\\_dissertacoes/andreprediger.pdf](http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2007_dissertacoes/andreprediger.pdf)>. Acesso: 10 ago. 2016, p. 21.

A principal característica que os define, ao mesmo tempo em que os diferencia dos direitos das demais dimensões, é a questão de sua titularidade, que passa do indivíduo à coletividade. Essa coletividade, que muitas vezes pode mesmo ser indefinida ou indefinível, constitui-se em grupos humanos como uma determinada classe de pessoas, a família, o povo ou a nação. São os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade.

Nessa ideia de diferenciação, Fensterseifer<sup>57</sup> sustenta que os direitos de terceira geração apresentam um conteúdo de universalidade, tais como os direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, e ao meio ambiente saudável.

Nesse sentido, há quem perceba o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado como fruto de um amplo direito internacional, qual seja, o direito à solidariedade, tendo em vista suas características de transindividualidade, caráter transfronteiriço e principalmente, intergeracional.

Ademais, o princípio da solidariedade não se opera de forma isolada no sistema normativo, mas sim juntamente com demais valores e princípios, e pode ser ampliado também para a compreensão dos direitos fundamentais de terceira dimensão, como é o caso dos direitos ecológicos, que, em vista de sua natureza difusa, também encontram seu fundamento no princípio da solidariedade<sup>58</sup>.

Dessa forma, observa-se claramente a distinção entre os direitos fundamentais das diferentes dimensões de direitos, sendo o diferencial dos direitos de terceira dimensão, o fato de que os direitos pertencentes a esta dimensão possuem natureza transindividual, com titularidade indeterminável, como é o caso do Direito Ambiental, que tem como objeto de tutela um bem de natureza difusa que transcende gerações.

Sobre as características da terceira dimensão dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais da terceira geração, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade difusa ou coletiva<sup>59</sup>.

Verifica-se, portanto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é autêntico representante da terceira fase dos direitos fundamentais, baseado nos conceitos de fraternidade e solidariedade, sendo inclusive o direito ao ambiente o mais notável integrante

---

<sup>57</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 146.

<sup>58</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. p. 115.

<sup>59</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 20/21.

desta terceira dimensão de direitos.

A afirmação do direito fundamental ao meio ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil, como inserido na terceira dimensão, merece por fim ser destacado através da decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>60</sup>, relatada pelo ministro Celso de Mello<sup>61</sup>:

Trata-se [...] de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.

Ainda, no seu voto, o ministro assevera que os direitos de terceira dimensão, com base no princípio da solidariedade, constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, abrangendo não somente o indivíduo identificável, mas igualmente a própria coletividade.

Sobre o legado do modelo *Common Law* na seara ambiental, insta destacar que o STJ no Recurso Especial n. 302906 SP 2001/0014094-7, realizou uma análise comparativa sobre a função social de um plano diretor e as restrições urbanístico-ambientais, com os instrumentos do sistema norte-americano:

[...] lembra muito bem o Ministro Mauro Campbell Marques, em seu Voto, que não é de surpreender a resistência, perplexidade ou descaso que as restrições urbanístico-ambientais enfrentam entre nós, tudo porque a cultura legislativa paternalista do Brasil leva a crer que apenas o plano diretor, apenas e tão somente a lei, pode ser instrumento de cumprimento da função social”. E assim é, não obstante os inúmeros benefícios dessa técnica de regulação jurídica do direito de construir, realçados tanto nos sistemas de *civil law*, como de *common law* (no Direito norte-americano e inglês, cf. Rutherford H. Platt, *Land Use and Society: Geography, Law, and Public Policy*, Washington, D.C., Island Press, 1996, pp. 300-301)<sup>62</sup>.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, analisou possível dano ambiental por construção em faixa marginal de proteção do rio, cuja área se tratava de preservação permanente, promovendo um verdadeiro *distinguishing*<sup>63</sup> entre a jurisprudência

<sup>60</sup> Sigla utilizada para referir-se ao Supremo Tribunal Federal.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 22.164-0/SP. Antônio de Andrada Ribeiro Junqueira versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Acórdão Publicado em: 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recurso Especial da 2ª Turma n. 302906 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília 26 de agosto de 2010.

<sup>63</sup> O *Distinguishing*, para Luiz Guilherme Marinoni se refere basicamente à distinção que os juízes fazem entre um caso e outro,

recorrente e a responsabilização objetiva do causador do dano ambiental.

Colhe-se da decisão:

Há de se fazer um *distinguishing* entre a jurisprudência recorrente que impõe a responsabilização objetiva do causador do dano e as peculiaridades do caso concreto sob análise, observando-se a hipossuficiência do poluidor, porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente [...] Nesse sentido, viola qualquer noção de Justiça e Equidade a pretensão de que o réu, que fora impelido por diversos fatores sócio espaciais à ocupação irregular de faixas marginais do Rio Anil, seja tratado com o mesmo rigor dispensado pelos Tribunais Superiores<sup>64</sup>.

Assim, a jurisprudência pátria decidiu pela necessária aplicação da técnica *distinguishing*<sup>65</sup>, inspirada no modelo jurídico anglo-saxão, no sentido de que parte do caso em análise não poderia ser tratada com o mesmo rigor dispensado pelos tribunais superiores em casos de fixação de responsabilidade por danos ambientes decorrentes de exploração econômica descomprometida com o ecossistema equilibrado ou de loteamentos comerciais irregulares.

Ou seja, os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi*<sup>66</sup>, mostraram ser dissonantes um do outro, o que resultou no afastamento da aplicação do Precedente, em razão das peculiaridades do caso julgado pelo Tribunal do Rio de Janeiro.

Ainda sobre a temática da incorporação de instrumentos do modelo *Common Law*, a jurisprudência pátria traz um olhar histórico sobre nosso Direito positivo, ressaltando que não é da nossa tradição cultural a vinculação aos Precedentes judiciais, porém, a valorização de tal sistema no Brasil, tem se tornado um fenômeno visível e constante.

Nesse sentido, o Recurso Especial nº. 1.111.743/DF, tendo como relator o ministro Luiz Fux, julgado em 25/02/2010:

[...] o tratamento isonômico, a previsibilidade das decisões judiciais, o papel uniformizador do Superior Tribunal de Justiça. Na busca de tal desiderato, o sistema de julgamento, pelo STJ, dos

---

demonstrando as diferenças factuais, com o intuito de mostrar que as razões do Precedente não se aplicam à situação fática analisada. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Apelação Cível nº 0078647-26.2008.8.19.0001, da 6ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, 23 de julho de 2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195180847/apelacao-apl-786472620088190001-rj-0078647-2620088190001/inteiro-teor-195180864>>.

<sup>65</sup> As técnicas de divergência no uso dos Precedentes, são: *distinguishing*, *modifying* e *overruling*. ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 299-300.

<sup>66</sup> “A *ratio decidendi* refere-se à parte da decisão em que o tribunal estabelece uma regra ou princípio jurídico para decidir determinado caso.” ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 106.

recursos especiais repetitivos, constitui mais um passo do legislador no seu esforço constante de valorizar os precedentes dos tribunais superiores, conferindo-lhes uma peculiar eficácia persuasiva, que se projeta para muito além do caso concreto, espargindo efeitos reflexos, bem significativos, para todos os demais casos semelhantes. [...] Um olhar histórico sobre nosso direito positivo ilustra e confirma essa verdade. Ao contrário do que ocorre em países da *common law* e até mesmo, em boa medida, em muitos países continentais europeus, não é da nossa tradição cultural a vinculação a precedentes judiciais [...] pela adoção entre nós de sistema semelhante ao "*stare decisis*". Daí o esforço legislativo empreendido nas últimas décadas no sentido de estabelecer um novo padrão [...] Ainda por força da Emenda 45/04, foi instituída a súmula vinculante (CF, art. 103-A), instrumento típico de imposição de observância dos precedentes da Corte Suprema. [...]<sup>67</sup>

Sobre a elevada força que as leis atribuem às decisões do STF e do STJ, a decisão ora em apreço bem destaca a especial carga (ainda que persuasiva) dos Precedentes no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a valorização dos precedentes é fenômeno igualmente visível e continuamente aprofundado pelo legislador. [...] Esse panorama ilustra a elevada força que a Constituição e as leis atribuem aos precedentes do STF e do STJ. Embora não seja certo "dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês", também "será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva", anotou argutamente o Professor Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça, RJ: Forense, 2005, p. 59). (REsp. nº. 1.111.743/DF. Relator p/Acórdão Min. Luiz Fux - Corte Especial/STJ - maioria - julgado em 25/02/2010)<sup>68</sup>.

O que se pode concluir de todas essas decisões colacionadas, é que há, em nosso atual Direito positivo - *civil law*, um panorama normativo que não pode ser desconsiderado: o da evidente carga persuasiva dos Precedentes dos tribunais superiores, que inegavelmente, geram reflexos importantes no Judiciário brasileiro, no meio ambiente e na vida de todos os jurisdicionados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta pesquisa, restou evidenciado que em virtude da tendência do fenômeno da *Commonlização*, advinda da expressão *Common Law*, o uso de Precedentes encontra-se em ascensão no modelo jurídico brasileiro.

Conclui-se com este trabalho, que o uso do Direito jurisprudencial corresponde a uma

---

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.111.743 do Distrito Federal, Brasília 25 de fevereiro de 2010. Informativo n. 0424 do STJ.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.111.743** do Distrito Federal, Brasília 25 de fevereiro de 2010. Informativo n. 0424 do STJ.



tendência inexorável, em razão da tese da constante aproximação entre os sistemas jurídicos *civil law* e *Common Law*.

Restou verificado que a realidade anglo-saxônica do uso de Precedentes encontra-se influenciando o modelo jurídico brasileiro de decisão judicial, razão pela qual a tendência da *Commonlização*, é um movimento que se encontra, pouco a pouco, sendo internalizado no sistema jurídico brasileiro.

Deste modo, então, fica confirmada a hipótese inicialmente formulada por ocasião da introdução: de fato, no Brasil, há efetiva influência do movimento anglo-saxão no ordenamento jurídico brasileiro para a construção de decisões jurídicas, especialmente na seara do Direito Ambiental, através do uso de Precedentes e demais instrumentos do modelo *Common Law*.

Na última parte do artigo, foi apresentado um dos pontos mais relevantes do estudo, evidenciando a convergência que o Direito brasileiro vem passando, especialmente a questão da obrigatoriedade de seguir a Jurisprudência das cortes superiores brasileiras, oportunidade em que foram demonstradas diversas decisões dos tribunais pátrios, especialmente no tocante a temática dos danos ambientais.

O mérito deste trabalho não é só de interesse pessoal e da academia, mas igualmente de todos os cidadãos em geral, tendo em vista que restou evidenciada a força com que a Jurisprudência vem se infiltrando no ordenamento pátrio.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**. A Nova Revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2002.

BECK, Ulrich. O que é Globalização? **Equívocos do Globalismo**. Respostas à Globalização. Trad. André Carone – São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. In **Dano Ambiental**: Prevenção, reparação e repressão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Revista da Faculdade de

Direito da UFPR, v. 37, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI Editora, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. 1. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DINAMARCO, R. Cândido. O Poder Judiciário e o Meio Ambiente. In **Revista dos Tribunais** nº 631, ano 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 1988.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

HAIDAR, Rodrigo; SCRIBONI, Marília. Entrevista do professor Peter Heberle. **Consultor Jurídico**. 29 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. 2. ed. México: FCE, 1989.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Discurso de aplicação e direito fundamentais**: autonomia pública e autonomia privada no Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: Atualidade III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PREDIGER, André Eduardo Schröder. **Da concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado**. 2007. Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em:

<[http://www.unisc.br/cursos/pos\\_graduacao/mestrado/direito/corpo\\_discente/2007\\_dissertacoes/andreprediger.pdf](http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2007_dissertacoes/andreprediger.pdf)>. Acesso: 10 ago. 2016.

RAMOS, Henrique Carlos. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, Antonio José da Ascensão. **Ativismo Judicial**. Portal de Direito Verbo Jurídico. Novembro de 2012. Disponível em:

<[https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos\\_ativismojudicial.pdf](https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 de maio de 2013. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 27 de junho de 2016.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. **O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro** – a busca pela uniformidade das decisões judiciais. *Revista Justiça do Direito (UPF)*, Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, n. 1, jan./abr. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas**

**vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo. **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# **A DIFERENÇA DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DA FORMA MAIS EFICAZ**

**Camila Savaris Cornelius<sup>1</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

Diante de uma história em constante preocupação com a forma em que se desse um crescimento bem sucedido, verificou-se o surgimento e agravamento de alguns problemas ambientais que advinham junto com este crescimento. Com efeito, surgiram diversos movimentos focados em buscar maneiras de contornar estas problemáticas, pois colocavam em risco o futuro das gerações futuras.

Assim, o meio ambiente adequado e com qualidade, que conseqüentemente tinha ligação direta com a qualidade de vida e a dignidade humana, passou a ser consagrado pela seara internacional como direito humano e, para muitos outros ordenamentos jurídicos de determinados territórios como direito fundamental, buscando com esse status a maior proteção e preservação.

Ocorre que, outros sistemas jurídicos não visualizam da mesma forma o status como direito fundamental sinônimo de melhor proteção, conforme o caso da União Europeia, que vê a preservação e a proteção do meio ambiente como regra normativa.

Dito isso, o presente artigo tem como objeto o estudo do tratamento dado ao meio ambiente, fazendo um paralelo entre o Brasil e pela União Europeia.

Para tanto, na primeira parte, cuida-se da análise do tratamento dado ao meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, visto estar no rol de direitos fundamentais. Na segunda parte, contempla-se o estudo do meio ambiente como regra normativa na União Europeia, analisando inclusive as outras ferramentas adotadas para sua proteção.

Por fim, num terceiro momento, busca-se demonstrar dentre os tratamentos analisados,

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Advogada inscrita na OAB/PR N.º78.199. Aluna no curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica do CMCJ/UNIVALI, Itajaí- SC, Brasil. E-mail: c\_savaris@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4075995413144897>

qual seria o tratamento mais eficaz em relação a proteção e preservação do meio ambiente, como bem essencial para a qualidade e efetividade de outros valores trazidos em cada Constituição.

Os resultados serão relatados de acordo com o método indutivo<sup>2</sup>, utilizando-se as técnicas do referente<sup>3</sup>, da categoria<sup>4</sup>, do conceito operacional<sup>5</sup> e da pesquisa bibliográfica<sup>6</sup>.

## 1. O MEIO AMBIENTAL NO BRASIL

A proteção do meio ambiente no Brasil nunca esteve tão avançada como nos dias atuais. E essa evolução se deu especialmente com o reconhecimento da sua importância para a efetividade de outros direitos fundamentais importantes, tendo em vista sua interdependência. Bem como, o fato de ter sido reconhecida a dependência da sobrevivência do homem com o meio em que vive.

A evolução deste pensamento pode ser explicada conforme o Professor Doutor Gabriel Real intitula de “As ondas”, sendo a primeira onda ocorrida em Estocolmo, denominada Declaração de 1972; a segunda onda ocorrida no Rio de Janeiro, resultando na Agenda XXI; a terceira onda que ocorreu em Johannesburgo no ano de 2002, resultando na Declaração de Johannesburgo; e, a quarta e última onda que ocorreu no Rio de Janeiro em 2002, resultando na chamada Rio +20.

Outro fato que contribuiu com essa maior preocupação e proteção com o meio ambiente, foi quando se percebeu que o caminhar da sociedade até então com este bem, comprometia o desenvolvimento e futuro das gerações futuras e do planeta terra, visto que os recursos advindos do meio ambiente eram finitos, resultando num esforço em escala mundial, para uma mudança de atitudes, que os doutrinadores denominaram de sustentabilidade, que pode ser assim definida:

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do

---

<sup>2</sup> “MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

<sup>3</sup> “REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. [...]” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 209.

<sup>4</sup> “CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 197.

<sup>5</sup> “CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 198.

<sup>6</sup> “PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 207.

desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável, equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. [...] Numa frase: a sustentabilidade, bem assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro<sup>7</sup>

Importante salientar que este conceito não foca somente no ramo do direito ambiental, mas sim em todos os ramos do Direito, garantindo uma atuação conjunta em escala nacional e internacional para garantir uma vida digna para as gerações futuras, focando nesta mudança de atitudes quanto aos cuidados com o meio ambiente.

Sobre essa visão sistêmica do direito ambiental, Prieur destaca que ela é importante, vez que possibilita a eliminação de contradições e duplo sentido advindos dos diferentes atos normativos, visualiza melhor as diferentes fontes sobre o assunto, sejam elas internacionais, comunitárias ou regionais e, por fim, valoriza a definição de recursos naturais ou de “bens ambientais” para facilitar a elaboração de um código de meio ambiente que corresponda com as expectativas e necessidades da sociedade atual e das gerações futuras.<sup>8</sup>

É a partir dessa perspectiva que Freitas e outros estudiosos defendem a pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, que conforme Freitas são cinco: social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política<sup>9</sup>.

Na Constituição Federal, a proteção ao meio ambiente esta prevista no capítulo VI, no artigo 225, que assim transcreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, este direito fundamental no Brasil vai possuir três características importantes, quais sejam: A aplicação imediata; ser considerado uma cláusula pétrea e ainda, tendo em vista sua posição no ordenamento jurídico, a hierarquia constitucional.<sup>10</sup>

Fazendo uma análise histórica, o direito fundamental ao meio ambiente faz parte da terceira geração de direitos, no momento em que houve internacionalização dos valores, onde se

---

<sup>7</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

<sup>8</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004. p. 11. In: BIANCHI, Patrícia Nunes de Lima. **A (in) eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Doutorado). Florianópolis, 2007, p. 76.

<sup>9</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 55

<sup>10</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 16.

almejava uma ordem mundial mais comprometida com todos os indivíduos e não somente um grupo, tal como ocorria na época do regime nazista<sup>11</sup>.

E a evolução com relação a proteção à preservação ambiental como direito fundamental é demonstrada nessa posição da Constituição Federal, vez que um capítulo inteiro foi direcionado para tratar dessa proteção.

Normas anteriores à Constituição de 88, portanto, somente serão recepcionadas se estiverem de acordo com os ditames deste dispositivo, e as que vierem posteriormente, serão consideradas inconstitucionais, caso contradizerem o mesmo.

Pode-se acrescentar ainda os diversos princípios, que complementam a proteção ao meio ambiente, pois eles “traduzem os valores mais essenciais da Ciência Jurídica”<sup>12</sup>. Dentre eles podemos destacar o princípio do poluidor-pagador, da prevenção, da precaução, entre outros, visto que o rol pode variar de autor para autor.<sup>13</sup>

A Constituição Federal, ainda possibilita através do seu art.5º, §2º, que princípios fundamentais possam dar origem à direitos fundamentais, por possuírem ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder.<sup>14</sup>

Mas não foi só a Constituição Federal que ficou encarregada de regulamentar a importância da preservação e proteção do meio ambiente. O Brasil ainda contou com a regulamentação trazida pelos tratados internacionais recepcionados.

A importância dos tratados é destacada por Lemos e Bizawu<sup>15</sup>:

Os tratados internacionais ambientais surgiram com a finalidade de salvaguardar a integridade do meio ambiente global e, consequentemente, os direitos humanos fundamentais de se viver em um meio ecologicamente equilibrado que lhe proporcione saúde, lazer e segurança. Isso porque os danos ambientais não respeitam fronteiras criadas pelo homem o que pode ocasionar danos à vida e à saúde de inúmeras pessoas que não habitam o meio da ocorrência danosa.

---

<sup>11</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 51.

<sup>12</sup> FARIAS, Talden Queiroz. Princípios gerais do direito ambiental. **Âmbito jurídico**. In: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1543](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1543). Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

<sup>13</sup> Edis Milares destaca como princípios do direito ambiental: meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, natureza pública da proteção ambiental, controle de poluidor pelo Poder Público, consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento, participação comunitária, poluidor-pagador, prevenção, função social da propriedade, desenvolvimento sustentável e cooperação entre os povos. In: MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 761-777. Cristiane Derani, por outro lado diz que os princípios de direito ambiental são os seguintes: cooperação, poluidor-pagador, ônus social e precaução. In: DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 161-173 entre outros.

<sup>14</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 214.

<sup>15</sup> LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Recepção de Tratados internacionais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro**. Fl. 27



Como exemplo, a Declaração do Meio Ambiente, em Estocolmo, em seu princípio 1, que pode-se contemplar o meio ambiente sendo tratado como um verdadeiro direito fundamental, tal como ele próprio transcreve:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.<sup>16</sup>

Foi inclusive com esta Convenção que como destaca Damacena<sup>17</sup>:

A Conferência introduziu pela primeira vez na agenda internacional a preocupação com o crescimento econômico em detrimento do meio ambiente, ou seja, chegou-se à conclusão de que o modelo tradicional de crescimento econômico, de caráter eminentemente antropocêntrico levaria ao esgotamento completo dos recursos naturais, pondo em risco a vida no planeta.

Trata-se, portanto, do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que vinculou toda a sociedade mundial, afim de mudar algumas atitudes problemáticas que estavam comprometendo o desenvolvimento das futuras gerações da sociedade.

É como destaca Leite<sup>18</sup>: “Para a efetividade deste direito, há necessidade da participação do Estado e da coletividade, em consonância com o preceito constitucional. O Estado, desta forma, deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação deste direito.”

E isso ocorre ao explicar o fundamento de criação dos direitos fundamentais que é busca dos principais valores consagrados pela Constituição- a liberdade, a vida digna e a igualdade-, e limitar o poder do Estado, fazendo com que este observe e proteja os direitos fundamentais de todas as formas, seja numa interpretação formal da lei ou numa proteção material.<sup>19</sup>

É por isso que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental, ele está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, além de possibilitar que outros direitos fundamentais sejam concretizados, tais como o direito à vida, à saúde, já mencionado anteriormente no presente estudo.

---

<sup>16</sup> NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente (1972). In: LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

<sup>17</sup> DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A proteção ambiental no âmbito da união européia the environmental protection in the framework of the european union. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1o quadrimestre de 2011, p. 78. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

<sup>18</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 99

<sup>19</sup> MASTRODI, Josué. Sobre o real fundamento dos direitos fundamentais. **Revista Digital de Direito Público**, vol. 1, n. 1, 2012, p. 183. Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos)

## 2. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARA A UNIÃO EUROPÉIA

Para a União Européia, o meio ambiente também possui uma grande relevância. Ocorre que, diferente do Brasil, que considera o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental, a União Européia na realidade considera o meio ambiente uma regra normativa, visto que para os europeus, os direitos fundamentais possuem em seu próprio nome um conteúdo explícito, ou seja, que o nome por si só demonstre qual direito deva ser resguardado.

Como exemplo pode-se mencionar o direito à vida, ou seja, nada que for contra a vida é permitido. Ou o direito à saúde, onde nada que é contra a saúde é permitido, e tudo que for em prol da saúde é permitido.

Mas isso não significa que a proteção do meio ambiente na União Européia não seja efetiva. Tanto é que o lema deles é “Proteger, preservar e melhorar o mundo à nossa volta”<sup>20</sup>

Em relação ao meio ambiente na Espanha, a Constituição Espanhola de 1978 traz direitos e deveres em três dispositivos do art. 45, inspirados na Convenção de Estocolmo de 1972.<sup>21</sup> Estes dispositivos assim transcrevem<sup>22</sup>:

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado

Mas, foi com o Ato único Europeu em 1987, que as preocupações com a proteção e preservação ambiental tiveram explícito destaque. Foi inclusive com este ato que o meio ambient

---

<sup>20</sup> Europa – Portal da União Européia. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/env/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/env/index_pt.htm)>. Acesso em 06 de dezembro de 2016.

<sup>21</sup> LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Recepção de Tratados internacionais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro**. Fl 8

<sup>22</sup> <https://www.iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

epode ser visto como algo desvinculado das atividades empresariais da União Européia.<sup>23</sup>

Posteriormente, a evolução na proteção da seara do meio ambiente aumentou com o Tratado de Amsterdam em 1997, e com o Tratado de Lisboa que entrou em vigor em 2009, demonstrando uma preocupação com meio ambiente desde o preâmbulo até o capítulo destinado ao meio ambiente.

E, ainda que o meio ambiente não seja considerado um direito fundamental, para a União Européia, todas as diretivas, princípios e jurisprudências direcionadas à sua proteção e preservação são fortemente e rigidamente seguidas pelos Estados- membros da União Européia.

Isso ocorre especialmente por causa do art. 191 do Tratado sobre o funcionamento da União Européia<sup>24</sup>, sendo um capítulo totalmente destinado aos objetivos da União Européia no que diz respeito à proteção e preservação do meio ambiente.

É diante dessa ampla regulamentação que as políticas da União Européia são tão amplamente seguidas, visto que há uma unificação na interpretação dos dispositivos, gerando uma atuação conjunta de forma uniforme entre os seus Estados membros.

Tudo isto possibilitou o chamado “comunicação ecológica”<sup>25</sup> na União Européia, visto que apesar da sintonia nas ações, há a possibilidade de melhoras constantes para o aprimoramento das questões ambientais, visto que cada membro pode opinar para a melhora em prol do meio ambiente.

Neste diapasão, importante mencionar as fontes de Direito da União Européia. Há as fontes de Direito primário, que como exemplo têm os tratados fundacionais, que são a base de poder da União Européia, e têm como função a repartição de competências entre a União e seus Estados membros.

Há ainda as fontes de Direito Derivado, onde se inserem os atos unilaterais, o Direito institucional e os atos convencionais. Exemplo são os acordos internacionais firmados, os acordos entre Estados membros, e os acordos inter- institucionais da União Européia.

---

<sup>23</sup> DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **A proteção ambiental no âmbito da união européia the environmental protection in the framework of the european union**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1o quadrimestre de 2011, p.80. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

<sup>24</sup> TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIAO EUROPEIA. In: [http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado\\_Funcionamento\\_U\\_E.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf). Acesso em 08 de dezembro de 2016.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Cambridge, Chicago University Press. 1989

Os atos unilaterais se encontram no artigo 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, e são quatro: regulamentos, a diretiva, a decisão e os ditames e recomendações. Eles são definidos a partir do próprio Tratado da seguinte forma:

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos<sup>26</sup>

Assim, com todas essas fontes diversas, a União Europeia corresponde às expectativas quanto à proteção do meio ambiente. Como exemplo disso, tem-se as políticas mais avançadas de recursos hídricos, normatizados pela Diretiva-Quadro para a Água (2000/60/EC) e à Iniciativa Hídrica da União Europeia (European Union Water Initiative/ 2002).<sup>27</sup>

Soma-se a isso o novo regime de responsabilidade ambiental na União Europeia, trazido pelo Decreto-Lei 147/2008, e ele estabelece dois regimes de responsabilização ambiental: uma subjetiva, trazida pelo art. 8º, e uma objetiva, trazida pelo art. 7º.<sup>28</sup>

Este Decreto vai determinar que àqueles que causem danos ambientais devem indenizar os indivíduos lesados. Há ainda uma responsabilidade administrativa para reparar os danos causados à coletividade difusa. E, pode-se acrescentar a determinação de uma responsabilidade solidária entre os responsáveis entre outras determinações importantes.

Assim, a União Europeia vem estabelecendo diversas formas para que os danos ambientais sejam devidamente reparados, bem como que a preservação ambiental seja realizada com efetividade por todos os Estados membros.

### 3. DIREITO FUNDAMENTAL OU REGRA NORMATIVA COMO FORMA MAIS EFICAZ NA PROTEÇÃO

<sup>26</sup> VERSÃO CONSOLIDADA DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. In: [http://www.concorrencia.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado\\_Funcionamento\\_U\\_E.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf). Acesso em 09 de dezembro de 2016.

<sup>27</sup> DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A proteção ambiental no âmbito da união europeia the environmental protection in the framework of the european union. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1o quadrimestre de 2011, p. 84. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

<sup>28</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.121.

## DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme demonstrados nos dois itens anteriores, tanto o Brasil, quanto a União Européia, possuem uma sistemática diversa em relação a proteção do meio ambiente. Seja ele regra normativa ou direito fundamental, a proteção e preservação é amplamente buscada, pois já há uma conscientização em caráter mundial da problemática.

O Brasil tratar do meio ambiente como direito fundamental é como já demonstrado no item anterior, vincula todos os demais entes, esta no topo do ordenamento jurídico e, portanto, faz com que toda e qualquer outra norma observe seu conteúdo. Além disso, direitos fundamentais sempre devem ser observados e protegidos pelo Estado, podendo caso contrário configurar em proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

A União Européia, por outro lado, apesar de tratar o meio ambiente como uma regra normativa pelos motivos já expostos no item II, possui ao redor desta regra inúmeros princípios, tratados e diretivas, que possibilitam que haja uma atuação conjunta dos Estados- membros na preservação e proteção dos direitos fundamentais.

Diante disso, na conjuntura atual que esta a problemática do meio ambiente e tudo que faz parte dele, pode-se concluir que não importa de que forma trata-se o meio ambiente, como direito fundamental ou regra normativa. O que importa é se a proteção e todas as normativas existentes e, aderidas são cumpridas de forma eficaz.

Isso ocorre principalmente porque questões relacionadas ao meio ambiente não ficam adstritas a somente uma região geográfica, mas geram consequências em escala mundial. Conforme Trennepohl<sup>29</sup> destaca:

A presença dos riscos ambientais em proporções planetárias significa a característica inovadora da sociedade moderna, uma vez que as situações de risco e perigo sempre estiveram presentes. O diferencial está no seu potencial global de abrangência, onde os danos não ficam restritos ao espaço geográfico em que a atividade perigosa foi produzida. Demais disso, no passado os riscos decorriam da falta de estrutura (tecnológica, higiênica, sanitária, etc)

e, agora, são frutos de uma superestrutura industrial.

Assim, cada Estado deve buscar a proteção ambiental visto que o meio ambiente esta

---

<sup>29</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **O desenvolvimento ambiental sustentável e a participação das empresas no mercado globalizado: os caminhos da preservação ambiental, integrados à iniciativa privada, no cenário das exigências da globalização.** Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008, p. 50. Disponível em: [http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

intimamente ligado ao direito à vida, não sendo um problema de caráter mundial, mas sim de âmbito mundial.

Diante disso, se for comparar, a estrutura sólida da União Européia faz com que todos os atos normativos e regulamentações sobre qualquer matéria relacionada ao meio ambiente seja muito cobrada, e levada muito a sério por todos os seus Estados- membros. Há uma cobrança recíproca entre eles, afim de cumprir todas as regulamentações da matéria da melhor forma possível.

E, da mesma forma, pode-se comparar a atuação de todos os entes do Estado Brasileiro, que estão em constante observância aos direitos fundamentais, visto estarem no topo da cadeia jurídica, bem como, tratarem-se de normas jurídicas vinculativas. Ainda que o meio ambiente não se encontre no título II da Constituição Federal, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental visto estar ligado à dignidade da pessoa humana.

Em se tratando do meio ambiente, e da preocupação que gira entorno desse bem jurídico em escala mundial, tanto a União Européia, quanto o Brasil, tratam de demonstrar da melhor forma possível os resultados, levando em consideração suas possibilidades econômicas e culturais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de que o meio ambiente era algo infinito com recursos ilimitados passou a ser uma ideia ultrapassada. Prova disso é a escassez das águas em muitos locais, desmatamentos quilométricos, mudanças climáticas e catástrofes ambientais, sendo um aviso à sociedade de que o desenvolvimento sem limitações não era mais algo viável, necessitando de mudanças na forma de vida da sociedade.

A crise ambiental configura-se num esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados. De fato o modelo proveniente da Revolução industrial, que prometia o bem-estar para todos, não cumpriu com aquilo que prometeu, pois, apesar dos benefícios tecnológicos, trouxe, principalmente, em seu bojo, a devastação ambiental planetária e indiscriminada.<sup>30</sup>

Diante disso, passou-se a fazer uma análise de atitudes que deveriam mudar, para possibilitar um futuro possível e digno às gerações futuras. Tal esforço foi difundido em escala

---

<sup>30</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. Revista Direito Ambiental, São Paulo, n.0, p.83-84, 1995. In: LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: **do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34

mundial, pois quando se trata de meio ambiente, é algo transfronteiriço e global.

Para o Brasil, o direito à um meio ambiente ecologicamente equilibrado foi exaltado como direito fundamental, exatamente por possibilitar a vida digna e, principalmente possibilitar a concretização de outros direitos fundamentais, tais como vida, saúde, provando a interdependências entre os direitos fundamentais.

E este foco ao meio ambiente inclusive pode dar início a uma nova fase, a do Estado de Direito Ambiental, caracterizando um Estado mais preocupado com as questões que abrangem o meio ambiente, possibilitando uma sociedade com maior dignidade. Sobre esse Estado, Capella<sup>31</sup> explica:

Neste marco surge o que temos chamado Estado Ambiental, o qual poderíamos definir como a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.

No que tange à União Européia, a ideia do meio ambiente como direito fundamental não é algo que viável. Para eles o meio ambiente é uma regra normativa, visto que não carrega no seu nome um conteúdo explícito, ou seja, o nome por si só não demonstra qual direito deva ser resguardado.

Ocorre que, diante da problemática quanto a preservação e proteção do meio ambiente, atualmente o tema adquiriu grande relevância em caráter mundial, que nenhum país ousa ignorar. Ou seja, o tratamento como direito fundamental ou regra normativa independe. E isto ocorre principalmente porque o a proteção do meio ambiente é considerada um extensão do direito à vida.

O foco acaba sendo os resultando alcançados com as diversas manobras desenvolvidas em escala nacional e internacional. Sejam estas manobras tratados, decretos ou regras internas que o próprio Estado estabelece.

Com o passar dos anos e a evolução do tratamento legal dispensado ao meio ambiente, ou seja, a incorporação da preservação aos textos fundamentais de diversos países, o meio ambiente ecologicamente equilibrado tornou-se um imperativo fundamental de sobrevivência e de solidariedade.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. Ecología: de las razones a los derechos. p. 248. In: BIANCHI, Patrícia Nunes de Lima. **A (in) eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Doutorado). Florianópolis, 2007, p. 81.

<sup>32</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **O desenvolvimento ambiental sustentável e a participação das empresas no mercado globalizado: os caminhos da preservação ambiental, integrados à iniciativa privada, no cenário das exigências da globalização**.

O que importa é a atuação conjunta do Estado e da sociedade, no que se trata em respeitar os atos normativos que tratam sobre o assunto. Existe uma conscientização geral por trás de toda a ação realizada no que diz respeito a proteção.

Trata-se de uma cooperação global, entre a esfera pública e privada de todos os Estado, para atuação preventiva e de precaução de riscos na esfera ambiental.

Salientando que todos os países devem atuar conforme suas possibilidades culturais e econômicas, para que não haja frustrações quanto aos resultados alcançados e, ainda que haja uma postura mais solidária dos países mais desenvolvidos, para que países subdesenvolvidos possam ter melhoras em seus resultados.

“A proteção do meio ambiente (jurídico-comunitária) deriva da consciência de que os problemas ambientais são transfronteiriços, e extrapolam o limite territorial de um estado ou de uma comunidade interesatal.” <sup>33</sup>

Além disso, já é sabido que a questão ambiental já se tornou parte do rol de direitos humanos, conforme se depreende da Declaração de Estocolmo da Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como aos acordos internacionais ambientais que vários países são signatários. <sup>34</sup>

Diante de todo o exposto, o fato de a proteção ao meio ambiente ser uma preocupação em escala global, e ser um bem jurídico onde qualquer lesão gera consequências que ultrapassam os limites geográficos do Estado, afetando diretamente outros direitos que além de direitos fundamentais, são considerados direitos humanos. Assim, o reconhecimento da problemática e a adesão dos mais diversos países afim de mudar a realidade é positiva.

A conscientização e a atuação conjunta em preservar o meio ambiente são mais importantes do que o tratamento dado a este bem jurídico. Seja o meio ambiente tratado como

---

Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008, p. 50. Disponível em: [http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

<sup>33</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **O desenvolvimento ambiental sustentável e a participação das empresas no mercado globalizado: os caminhos da preservação ambiental, integrados à iniciativa privada, no cenário das exigências da globalização.** Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008, p. 50. Disponível em: [http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

<sup>34</sup> TRENTIN, Melissandra; SANTOS, Maureen. Direito Humano ao meio ambiente. **Relatório Direitos Humanos no Brasil III: diagnósticos e perspectivas.** Passo Fundo: IFIBE, 2012. Disponível em: <http://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2017.



regra normativa ou direito fundamental, o fato é que cada Estado atua de acordo com suas possibilidades econômicas e culturais, possibilitando mudanças não somente em caráter regional, mas sim em escala mundial.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Antonio Herman V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. Revista Direito Ambiental, São Paulo, n.0, p.83-84, 1995. In: LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A proteção ambiental no âmbito da união européia the environmental protection in the framework of the european union. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1o quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Europa – Portal da União Européia. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/env/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/env/index_pt.htm)>. Acesso em 06 de dezembro de 2016.

FARIAS, Talden Queiroz. Princípios gerais do direito ambiental. **Âmbito jurídico.** In: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1543](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1543). Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Recepção de Tratados internacionais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.**

LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication.** Cambridge, Chicago University Press. 1989

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 6ªed. São Paulo: Atlas, 2016

NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente (1972). In: LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática.** 7 ed. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2004. p. 11. In: BIANCHI, Patrícia Nunes de Lima. **A (in) eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Doutorado). Florianópolis, 2007

TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIAO EUROPEIA. In:

[http://www.concorrencia.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado\\_Funcionamento\\_U\\_E.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf). Acesso em 08 de dezembro de 2016.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **O desenvolvimento ambiental sustentável e a participação das empresas no mercado globalizado: os caminhos da preservação ambiental, integrados à iniciativa privada, no cenário das exigências da globalização**. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008, p. 50. Disponível em: [http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4150/arquivo6296_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

VERSAO CONSOLIDADA DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIAO EUROPEIA. In:

[http://www.concorrencia.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado\\_Funcionamento\\_U\\_E.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf)

# DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE: A INTRODUÇÃO DE UM PRINCÍPIO PELO CONHECIMENTO TÉCNICO

**Frederico Andrade Siegel<sup>1</sup>**

**Marco Aurélio Ghisi Machado<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o meio ambiente esteve no foco da discussão acadêmica nas diversas áreas do conhecimento científico. E ainda permanece.

A comunidade científica passou a atribuir as alterações climáticas como consequência e (ir)responsabilidade da ação humana, fruto da industrialização e consumo desenfreados, que afeta todos os países do mundo.

Após amplo debate, numa conferência internacional da ONU, surgiu a concepção da categoria “desenvolvimento sustentável”, construído sob três pilares: econômico, ambiental e social, e com a promessa de garantir recursos naturais em favor de gerações futuras, sem comprometer as necessidades da geração presente.

Muito mais do que um princípio direcionado aos governos na implementação de políticas públicas, o desenvolvimento sustentável foi apresentado como ideologia para (des)contaminar empresas, cidadãos e governos. Ser verde parecia ser um bom negócio para todos.

Todavia, os aspectos social, econômico e ambiental são tão complexos que a ideia de desenvolvimento sustentável pareceu não estar mais à altura do desafio em oferecer respostas adequadas às demandas.

Esse caldo de fatores provocou a erupção da ideia de sustentabilidade, que a doutrina se

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Doutorando pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Universidade de Perugia (Unipg). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Universidade do Minho (Uminho).

<sup>2</sup> Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional de Blumenau (FURB) e em Processo Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Mestre em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo – 2015), pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em dupla titulação com a Universidade do Minho (UMINHO). Doutorando em Ciência Jurídica (Linha de Pesquisa: Principiologia Constitucional e Política do Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em dupla titulação com a Universidade de Perugia.

esforça em diferenciá-la da categoria desenvolvimento sustentável, como pretensão mais eficaz para a urgente questão ambiental.

Numa perspectiva vulgar, a democracia pode ser compreendida como a manifestação da vontade da maioria dos eleitores, que deposita suas expectativas de governo em candidatos que supostamente apresentem valores que correspondem a essa vontade majoritária.

Nesse contexto, se a sociedade adquiriu consciência sobre a urgência da questão ambiental, essa preocupação deveria ser manifestada nas urnas para guiar o governo (atribuição do executivo) e o parlamento na proposição e implementação da sustentabilidade.

No entanto, a proposta do princípio jurídico da sustentabilidade está exigindo a acolhida através da atividade judicial, que representa o conhecimento especializado manifestado na atribuição técnica do Estado.

O objetivo deste artigo, portanto, é explorar a relação entre a democracia e a sustentabilidade. Quanto à metodologia, essa pesquisa seguiu o método indutivo.

## 1. A IDEIA DE SUSTENTABILIDADE: ORIGEM E DEFINIÇÃO

A ideia de sustentabilidade teve origem no direito ambiental, como esforço para dar maior concretude à categoria 'direito sustentável', que buscava equilíbrio entre as forças econômicas, sociais e ecológicas, e garantir ao ser humano o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

A definição de sustentabilidade, no entanto, é tão complexa quanto diferenciá-la da sua categoria original, qual seja, desenvolvimento sustentável.

W.M. Adams refere que a definição de desenvolvimento sustentável evoluiu ao longo das décadas. Em 1972 foi tema chave na Conferência sobre Ambiente Humano em Estocolmo. Nas décadas seguintes a ideia de desenvolvimento sustentável foi progressivamente desenvolvida pelos programas das Nações Unidas, como *The World Conservation Strategy* (1980), *The Brundtland Report* (1987) e a Conferência do Rio (1992)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> ADAMS, W.M. The Future of Sustainability: Re-thinking Environment and Development in the Twenty-first Century. **Report of the Renowned Thinkers Meeting**, 29-31 January 2006. Disponível em [http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn\\_future\\_of\\_sustainability.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_future_of_sustainability.pdf) acesso em 10.01.2017.

A definição de desenvolvimento sustentável apresentada no relatório *Brundtland*<sup>4</sup>, segundo W.M. Adams, foi vaga, mas capturou claramente duas questões fundamentais: o problema de degradação ambiental como resultado do crescimento econômico; e a necessidade de reduzir o aumento da pobreza<sup>5</sup>.

Zenildo Bodnar refere que a categoria sustentabilidade passou ser melhor empregada, a partir de 2002, em substituição à expressão desenvolvimento sustentável, fundamentada na premissa de que os elementos ecológico, social e econômico são dependentes e sem grau de hierarquia.

Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor<sup>6</sup>.

A sustentabilidade possui baixa densidade conceitual, ou seja, é categoria de conceituação porosa, subjetiva. Representa uma ideia que deve ser buscada e aperfeiçoada, assim como outras categorias de conceito aberto que são constantemente construídas, como a própria definição de justiça, que se torna complexa e simples ao mesmo tempo<sup>7</sup>.

Bodnar reconhece a imprecisão do conceito de sustentabilidade, mas refere o seu oposto, isto é, como sendo insustentável o atual modelo de produção e consumo que “expõe o planeta a graves e irreversíveis riscos, tanto ecológicos como também sociais”<sup>8</sup>.

Paulo Cruz e Gabriel Ferrer definem a sustentabilidade como um processo por meio do qual a sociedade global é “capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana”<sup>9</sup>.

A distinção entre desenvolvimento sustentável e sustentabilidade está relacionada, segundo Cruz e Ferrer, com a meta a ser alcançada e a sua flexibilização.

---

<sup>4</sup> Desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades.

<sup>5</sup> ADAMS, W.M. The Future of Sustainability: Re-thinking Environment and Development in the Twenty-first Century. **Report of the Renowned Thinkers Meeting**, 29-31 January 2006. Disponível em [http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn\\_future\\_of\\_sustainability.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_future_of_sustainability.pdf) acesso em 10.01.2017.

<sup>6</sup> BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 11, n. 1, jan/jun. 2011. p. 330.

<sup>7</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**. Transformando Direito e Governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Título original: *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, p. 25.

<sup>8</sup> BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 11, n. 1, jan/jun. 2011. p. 331.

<sup>9</sup> CRUZ, Paulo Márcio, REAL FERER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade, a Premissa Tecnológica como ampliação dos seus fundamentos. **Revista Sequencia**. Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez 2015. p. 240.

Na categoria desenvolvimento sustentável, o núcleo da ação é o desenvolvimento, sempre progressivo, que parece ter maior força do que o adjetivo *sustentável* que lhe foi acrescido. Por outro lado, a característica essencial da sustentabilidade é sua flexibilidade que “permite ser consequentes com o processo, optando, dependendo dos casos, por globalizar ou desglobalizar, crescer ou decrescer, desenvolver ou regredir, conversar ou transformar”<sup>10</sup>.

A categoria sustentabilidade, como dito, não possui uma definição precisa, e tem recebido outros pilares de fundamentação.

Cada uma das três dimensões clássicas, social, econômica e ambiental, segundo Ferrer e Cruz, são influenciadas pelo fator tecnológico, que esta presente na maneira como o ser humano se relaciona entre si, na produção e consumo, e no ambiente ao seu redor<sup>11</sup>.

Numa abordagem diferenciada, focado na Sustentabilidade Urbana, com ênfase na necessidade de entendimento holístico e integrado sobre a vida urbana, Paul James desenvolve o conceito de círculos de sustentabilidade, que são fundamentados nos pilares econômico, ecológico, político e cultural<sup>12</sup>.

Klaus Bosselmann afirma que sustentabilidade é um princípio, e que o “desenvolvimento sustentável deve ser entendido como aplicação do princípio da sustentabilidade”<sup>13</sup>.

Juarez Freitas refere que a sustentabilidade é um princípio constitucional, que não depende de regulamentação e que irradia responsabilidade ao Estado e à sociedade.

Trata-se de princípio constitucional que determina, independente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos<sup>14</sup>.

Dado que a sustentabilidade é um princípio, entendido como regra de conduta imediata em

---

<sup>10</sup> CRUZ, Paulo Márcio, REAL FERER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade, a Premissa Tecnológica como ampliação dos seus fundamentos. **Revista Sequencia**. Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez 2015. p. 242.

<sup>11</sup> CRUZ, Paulo Márcio, REAL FERER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade, a Premissa Tecnológica como ampliação dos seus fundamentos. **Revista Sequencia**. Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez 2015. p. 242.

<sup>12</sup> JAMES, Paul. *Urban Sustainability in Theory and Practice*. Abingdon: Routledge, 2015. Disponível em [http://www.academia.edu/9294719/Urban\\_Sustainability\\_in\\_Theory\\_and\\_Practice\\_Circles\\_of\\_Sustainability\\_2015\\_](http://www.academia.edu/9294719/Urban_Sustainability_in_Theory_and_Practice_Circles_of_Sustainability_2015_) acesso em 10.01.2017.

<sup>13</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**. Transformando Direito e Governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Título original: *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, p. 27.

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40/41.

razão da urgência que a matéria reclama, necessário identificar o(s) destinatário(s) de tal princípio.

## 2. A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO E SEUS DESTINATÁRIOS

Como princípio de orientação social, transformado em regra de conduta para concretização e eficácia de seu conteúdo, a sustentabilidade pode orientar a conduta de cada cidadão, dando-lhe a consciência sobre as consequências de seus atos.

Assim, ao ter em mente a ideia de sustentabilidade, o cidadão sustentável irá se preocupar em consumir menos e melhor, buscar energia limpa e produtos biodegradáveis, e adotar atitudes que conversem (e até regenerem) o meio ambiente ao seu redor.

A sustentabilidade também pode irradiar para as políticas públicas, influenciando o parlamento no desenvolvimento de leis e ações por parte do poder executivo que se comprometam com o desenvolvimento sustentável, ao incentivar condutas descritas no parágrafo anterior, conduzindo cidadãos e empresários pelo caminho da sustentabilidade.

Ponto polêmico é a atividade judicial como destinatária do princípio da sustentabilidade, pois embora erigido à categoria de “princípio constitucional”, a sustentabilidade não é mencionada em tratados internacionais, na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ou ainda, em normas infraconstitucionais.

Conforme referido por Alexandra Aragão, o princípio do desenvolvimento sustentável não está consagrado com os restantes princípios, mas ainda assim, defende que tal princípio é estruturante do Direito Europeu do Ambiente e até princípio fundamental do Direito<sup>15</sup>.

Outros princípios não consagrados em ordenamentos jurídicos têm servido de parâmetro e de *standard* material no ordenamento jurídico da União Europeia, como a responsabilidade de longa duração citado por Canotilho<sup>16</sup>.

A atuação da jurisdição é invocada por Zenildo para justificar a implementação da justa sustentabilidade, distribuição equitativa de riscos e malefícios gerados pelo desenvolvimento – como critério referencial de justiça social e ambiental<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união europeia. in **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leito (org.). 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 78.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. in **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leito (org.). 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28.

<sup>17</sup> BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 11, n. 1, jan/

O positivismo jurídico que anima os sistemas jurídicos modernos é essencialmente caracterizado pela separação entre a moral e o direito. Daí sua importância em introduzir o “princípio” da sustentabilidade no ordenamento jurídico, para que seja aceito e aplicado segundo o positivismo jurídico.

A ausência de normatização decorrente da omissão parlamentar, e a aplicação do princípio da sustentabilidade pelo judiciário pode caracterizar o ativismo judicial.

Para fins desse artigo, utiliza-se o conceito de ativismo judicial oferecido por Zanon Júnior:

É a circunstância fática de a jurisdição procurar ativamente contrapor as opções políticas das demais esferas de Governo, notadamente dos representantes democraticamente eleitos para o parlamento, com vista a promover determinadas propostas sociais ou econômicas, mediante interferência em políticas públicas ou modificação do equilíbrio de valores plasmado na Constituição, geralmente através do controle de constitucionalidade<sup>18</sup>.

A criação do direito encontra seu fundamento no conceito de soberania popular, que fundou o Estado moderno com o sistema democrático, definido como o procedimento eleitoral em que o povo elege seus representantes pelo sufrágio universal, os quais (representantes eleitos) criam as normas que devem ser obedecidas pelo povo, já que tais normas nada mais são do que a vontade do próprio povo.

Nesse contexto, o direito criado pelo aplicador não seria válido, pois não goza de legitimidade<sup>19</sup>, já que o aplicador (juiz) não foi eleito pelo mesmo procedimento democrático pelo qual o criador (legislador) se submeteu.

Nas palavras de Ferrajoli, “os espaços de discricionariedade da jurisdição, de fato, são inegáveis”<sup>20</sup>. Em razão dessa excessiva indeterminação semântica das normas, não há garantias de que o poder juízes seja, de fato, um poder criativo. E quando o juiz acaba criando o direito, em razão do vácuo semântico, esse poder criativo do juiz se transforma naquilo que Ferrajoli chama de “poder de disposição”, que para ele, é um poder ilegítimo<sup>21</sup>.

Lênio Streck também critica o ativismo judicial, definindo-o como poder ilegítimo do juiz na

---

jun. 2011. p. 332.

<sup>18</sup> ZANON JÚNIOR, Orlando. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 227.

<sup>19</sup> Deve-se entender por legitimidade, categoria aqui empregada, como legitimidade procedimental, que qualifica o ato com presunção de validade de acordo com as regras previstas para produzi-lo, vale dizer, criação de normas através de processo legislativo.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.



criação do direito.

Streck refere que há um fenômeno que ele mesmo chama de “pan-principiologismo”, segundo o qual os tribunais criaram (e criam) uma lista interminável de princípios (tantos quantos necessários) para solver os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem da norma<sup>22</sup>. Então, segundo Streck, “o panprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito”<sup>23</sup>.

As críticas ao ativismo judicial decorrem da falta de legitimidade das decisões judiciais ao se contraporem àquelas adotadas pelo parlamento, cuja legitimidade [das decisões do parlamento] decorre do sistema democrático, que representa a vontade popular.

Nesse contexto, o assunto iniciado com a sustentabilidade desagua na análise sobre a ideia de democracia na atualidade, e reflexão sobre a resposta mais eficiente que se espera com relação à urgência da questão ambiental.

### 3. A DEMOCRACIA E SEUS DOIS CONCEITOS

Já faz mais de meio século que Giovanni Sartori afirmou que todos são a favor da democracia. No entanto, referido autor se questionou: favoráveis a qualquer democracia? Uma democracia qualquer ou qualquer coisa que venha a ser batizada de democracia? <sup>24</sup>

Posner refere que nas discussões prévias da teoria jurídica em geral, a desconsideração sobre a democracia tem sido uma característica particularmente marcante<sup>25</sup>.

A discussão envolvendo democracia é sempre assunto delicado, especialmente quando a eficiência está no núcleo do debate.

David Van Reybrouck refere que a eficiência na resolução de problemas políticos é proporcional ao grau de legitimidade do governo. E legitimidade, aqui entendida como consenso e vontade popular. A tirania é eficaz, pois não depende de deliberações colegiadas para adotar resolução a respeito das demandas que estão sob sua tutela. A democracia, por outro lado, é ineficaz pela própria morosidade do processo envolvendo o consenso e a luta de diversos

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

<sup>24</sup> SARTORI, Giovanni. **Democrazia e definizioni**. Bologna: Il Mulino, 1957, p. 11.

<sup>25</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: Law, Pragmatism and Democracy, p. 2.

interesses que estão envolvidos no processo de tomada de decisão<sup>26</sup>.

Todavia, a proposta deste artigo não é defender a tirania em substituição à democracia para garantir a eficácia da implementação das questões ambientais.

Ao tratar da democracia, é necessário ter em mente os diversos significados que ela pode oferecer, em razão da polissemia que anima essa categoria.

Posner trabalha com dois conceitos de democracia, chamando-os de conceito 1 e conceito 2, uma esperançosa e outra realista.

No conceito 1, a democracia é idealista. Junto com o direito do cidadão de participar do processo eleitoral na escolha de candidatos, há os seguintes deveres morais: a) ter interesse suficiente nos assuntos públicos para ser capaz de participar da governança de forma inteligente; b) ter a mente aberta nas discussões políticas com outros cidadãos; c) basear suas opiniões e seus atos políticos (como o voto) numa opinião honesta, formada com base na devida deliberação, do que é melhor para sociedade ao invés de decidir baseado em interesse próprio<sup>27</sup>.

A democracia, colocada desta forma, exige que os cidadãos sejam bem informados e, ao mesmo tempo, desinteressados no sentido de que o coletivo deve prevalecer sobre o individual. Nesse sentido, os cidadãos devem tratar “de questões públicas com a mesma aproximação ao rigor, desinteresse e mente aberta com que os cientistas naturais tratam de questões científicas”<sup>28</sup>.

Ao encarar a realidade, esse conceito de democracia parece distante, utópico e até romântico. Ainda que de maneira simplista, é possível abordar a democracia pela perspectiva econômica.

Na véspera do Fórum Econômico Mundial (Davos 2017), no relatório divulgado pela OXFAM, é possível perceber o contínuo aumento da desigualdade social. Segundo o relatório, oito pessoas detêm riqueza equivalente a metade mais pobre do mundo; entre 1988 e 2011 a renda dos 10% mais pobres aumentou cerca de U\$ 65, enquanto a renda dos 1% mais ricos aumento 182 vezes mais; e nos EUA, uma pesquisa realizada pelo economista Thomas Pickety revelou que nos

---

<sup>26</sup> REYBROUCK, David Van. Against Elections. **The case for democracy**. Translated by Liz Waters. London: The Blodley Head, 2016. Título original: *Tegen Verkiezingen*. p. 5/6

<sup>27</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 101.

<sup>28</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 102.

últimos 30 anos, a renda de 50% das pessoas mais pobres permaneceu inalterada, enquanto a renda de 1% dos mais ricos aumento 300%<sup>29</sup>.

Nesse contexto, se a democracia representa a vontade popular da maioria, há um aparente fracasso do sistema democrático na redução da desigualdade social, o qual tem aumento ao invés de diminuir, favorecendo uma minoria da população, em contradição com a vontade da maioria que luta para ter uma vida melhor.

O conceito 2 de democracia apresentado por Posner é uma aproximação do conceito schumpeteriano chamado “democracia de elite”. Para a formulação desse outro conceito de democracia, parte-se do pressuposto que o conceito 1 é impraticável, pois exagera as capacidades morais e intelectuais do cidadão médio<sup>30</sup>.

Rousseau e Mill, idealizadores do conceito 1 de democracia, acreditavam que para ela funcionar adequadamente, o cidadão médio deveria se interessar, prestar atenção e participar ativamente da política. Todavia, após décadas de pesquisas recentes, apenas uma pequena minoria de cidadãos possui esse perfil. Além do momento da votação, em geral, o interesse pela política é baixo, as discussões são raras e poucas pessoas participam ativamente da política<sup>31</sup>.

No conceito 2, a democracia é vista como uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio, não possui ilusões idealísticas e nem é considerado autogoverno. As massas são pouco informadas sobre assuntos políticos e facilmente manipuladas por técnicas sofisticadas nas campanhas políticas que são desprovidas de conteúdo. E assuntos complicados não são abordados por políticos que têm medo de ofender e intimidar eleitores<sup>32</sup>.

Noam Chomsky também oferece duas concepções diferentes de democracia. A definição de democracia que consta no dicionário, segundo ele, não corresponde à nossa realidade<sup>33</sup>:

Uma delas considera que uma sociedade democrática é aquela em que o povo dispõe de condições de participar de maneira significativa na condição dos seus assuntos pessoais e na qual os canais de

---

<sup>29</sup> Disponível em [https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia\\_para\\_99-sumario\\_executivo.pdf](https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-sumario_executivo.pdf) acessado em 16.01.2017.

<sup>30</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 111.

<sup>31</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 117.

<sup>32</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, Pragmatism and Democracy*, p. 101 e 118.

<sup>33</sup> CHOMSKY, Noam. **Mídia: propaganda política e manipulação**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 9/10.

informação são acessíveis e livres. Se você consultar no dicionário o verbete ‘democracia’ encontrará uma definição parecida com essa.

Outra concepção de democracia é aquela que considera que o povo deve ser impedido de conduzir seus assuntos pessoais e os canais de informação devem ser estreita e rigidamente controlados. Esta pode parecer uma concepção estranha de democracia, mas é importante entender que ela é a concepção predominante.

Chomsky refere que a mídia é responsável pela produção do consenso, e que “a propaganda política está para uma democracia assim como o porrete está para um Estado totalitário”<sup>34</sup>. Segundo Chomsky, o objetivo da propaganda é criar um *slogan* que todos irão apoiar, e ninguém saberá o que significa. Ele cita o exemplo ocorrido durante a guerra do golfo, em que foi criado o slogan “apoie nossas tropas”.

O objetivo dos slogans de relações públicas como “Apoie nossas tropas” é que eles não significam nada. Tem o mesmo significado que a pergunta que quer saber se você apoia a população de Iowa. Sim, é claro, havia uma questão embutida. A questão era: você apoia nossa política? Mas não se deseja que o povo reflita sobre essa questão. Esse é o objetivo principal de uma propaganda bem-feita: criar um *slogan* do qual ninguém vai discordar e todos vão apoiar. Ninguém sabe o que ele significa porque ele não significa nada<sup>35</sup>.

Esse tipo de propaganda, ou melhor, *slogan*, é comumente visto em campanhas políticas, nas quais a importância maior é atribuída aos *jingles* de campanha e às frases de efeito, sombreando a importância do pensamento sobre questões relevantes para a sociedade (em relação aos quais o poder decisório do voto deveria recair), para caracterizar a posição política. Ademais, as questões relevantes de pensamento dos candidatos também ficam obscurecidas quando as campanhas políticas se destacam pela tentativa de desqualificação de um candidato pelo outro.

Esse apelo atende à formatação da sociedade contemporânea, na qual se destacam as multidões humanas, e que podem ser conduzidas por um condutor, conforme se expressou Gustavo Le Bon, no final do século XIX<sup>36</sup>.

A multidão não se caracteriza pela aglomeração de pessoas, mas em razão de determinada influência, podendo variar de acordo com a composição das coletividades e com a natureza e o

---

<sup>34</sup> CHOMSKY, Noam. **Mídia: propaganda política e manipulação**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 21.

<sup>35</sup> CHOMSKY, Noam. **Mídia: propaganda política e manipulação**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 26.

<sup>36</sup> LE BON, Gustavo. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Edições Roger Delraux, 1980, p. 60. Título original: *Psychologie des foules*.

grau de estímulos a que estão sujeitas. Na multidão, o indivíduo perde sua personalidade e passa a operar de modo inconsciente. O indivíduo é contagiado mentalmente e passa a ser sugestionável<sup>37</sup>.

Todorov refere que a própria democracia produz forças que a ameaçam, dentre elas, o discurso populista, demagógico: “A demagogia, o próprio nome nos sugere isso, é tão antiga quanto a democracia; mas como já lembrei, recebeu uma formidável impulsão na época moderna graças às comunicações de massa e particularmente à televisão.”<sup>38</sup>.

Pelo que se percebe, a democracia possui dupla definição, em razão daquilo que ela se apresenta na prática e dum conceito ideal e distante da realidade. Essa dupla personalidade do conceito democrático é exposta por Jaques Rancière.

No sistema de representação democrática, segundo Rancière, deveriam ser obedecidas as seguintes regras mínimas: mandatos eleitorais curtos, não acumuláveis e não renováveis; apenas o povo deve elaborar leis; funcionários eleitos não podem representar o povo; redução ao mínimo de gastos em campanhas eleitorais e um rigoroso controle sobre a ingerência do poder econômico sobre o processo eleitoral<sup>39</sup>.

No entanto, segundo Rancière, vivemos sob um governo “dos que amam o poder e são hábeis em se assenhorar dele”, e aquilo que chamados de democracia possui um funcionamento com regras exatamente contrárias<sup>40</sup>.

Na concepção de democracia real, encontrada na prática, os eleitos se perpetuam no poder e acumulam ou alternam funções públicas. Além disso, “os partidos são financiados por fraudes nos contratos públicos” e empresários investem “uma quantidade colossal de dinheiro em busca de um mandato”<sup>41</sup>.

Ao unir esses pensamentos, é possível perceber uma falha na forma de governo convencionada na atualidade como democracia. Se a multidão é quem “governa”, e se essa

---

<sup>37</sup> LE BON, Gustavo. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Edições Roger Delraux, 1980, p. 14/15. Título original: *Psychologie des foules*.

<sup>38</sup> TODOROV, Tzvetan. **Inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 157. Título original: *Les ennemis intimes de la démocratie*.

<sup>39</sup> RANCIÈRE, Jaques. **Ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 93. Título Original: *La haine de la démocratie*.

<sup>40</sup> RANCIÈRE, Jaques. **Ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 93. Título Original: *La haine de la démocratie*.

<sup>41</sup> RANCIÈRE, Jaques. **Ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 93. Título Original: *La haine de la démocratie*.

multidão é mergulhada em *slogans*, e com base neles “decide”, as decisões da multidão não estariam sendo conscientes, mas sim, inconscientes.

Nesse caso, a multidão deixa de ser tornar a fonte legitimadora do governo de muitos, para se transformar em instrumento de legitimação do poder de quem melhor consegue manipulá-la.

Assim caracterizada, a democracia se torna pouco eficiente na resolução de demandas urgentes, como a questão ambiental, por exemplo.

A ausência de comprometimento democrático pode implicar na irresponsabilidade das políticas governamentais. A esse respeito, é possível citar o caso da Usina de Dessalinização de *Torre Vieja*, construída com um custo de 300 milhões de euros, e que, quatro anos após sua conclusão, permanecia inativa por ausência de licença ambiental<sup>42</sup>.

Nesse contexto, a sustentabilidade é desenvolvida como um princípio que pede acolhida na atividade judiciária, trazendo dilema para o positivismo jurídico e reflexão sobre a própria definição da democracia.

E não se espera protagonismo da atividade judiciária pelo enganoso argumento dele ser é o melhor entre os poderes estatais. Nada disso. A razão para isso é a seguinte: não há vácuo de poder. Na omissão ou ineficiência da atribuição qualquer dos poderes, outro assume seu lugar. E na ineficiência de qualquer um dos poderes, a própria sociedade poderá se encarregar de assumir um papel que originariamente deveria ser desempenhado pelo Estado.

No caso brasileiro, não foram poucos os direitos obtidos com a promulgação da constituição republicana. Todavia, como adverte Moraes e Nascimento, problemas sociais centrais ainda permanecem, como violência urbana, desemprego, analfabetismo e desigualdades sociais e econômicas. E para promover o próprio bem-estar, a sociedade às formas alternativas que são menos centradas no Estado. Então, na omissão ou ineficácia de todos poderes estatais como um todo, a família, religião, associações voluntárias, redes de assistência social e ONG's vêm atuando como poderosos instrumentos de desenvolvimento social<sup>43</sup>.

É o que se percebe com a questão ambiental. A sustentabilidade vem sendo tratada como princípio pela doutrina e seu uso avança aos tribunais, mesmo sem que um texto legal a preveja ou defina.

---

<sup>42</sup> Disponível em [http://elpais.com/diario/2011/07/17/sociedad/1310853603\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2011/07/17/sociedad/1310853603_850215.html) acessado em 14.01.2017.

<sup>43</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**- Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33/34.

A introdução do princípio da sustentabilidade, portanto, decorre de um conhecimento especializado, técnico, isto é, da área jurídico-ambiental, e não propriamente pela via legislativa, vale dizer, da vontade popular expressada pelo procedimento democrático.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A abordagem sobre o princípio da sustentabilidade trouxe à reflexão questões pontuais sobre a definição da democracia, numa era em que a questão ambiental depende da lucidez para tomada de decisões cruciais.

Na obra ficcional de José Saramago, *Ensaio sobre a lucidez*, durante o processo eleitoral, as pessoas adquirem uma lucidez e rejeitam, através do uso do voto em branco, não só o governo corrupto e ineficiente que está no poder, mas também os candidatos de oposição. A rejeição, portanto, não era dos políticos que concorriam às eleições, mas da democracia em si mesma como a conhecemos na atualidade.

Essa forma de democracia parece não estar dando conta das demandas que lhe são apresentadas. As pessoas, ou não estão querendo se fazer ouvir, ou não conseguem compreender quais são as melhores decisões para as questões coletivas. Seja como for, a democracia se torna subutilizada.

É nesse ambiente que a questão que envolve a sustentabilidade está imersa. E na omissão ou ineficiência de algum dos poderes para tratar a temática, o palco da sua discussão é transferido para a área técnica, que se desenvolve com alguma cientificidade, ainda longe, no entanto, de ser um paradigma tecnocrático.

É difícil prever o que o futuro reserva ao princípio da sustentabilidade em relação ao qual a humanidade é dependente, num cenário atual de tantas incertas e com aparente crescimento do populismo que domina o cenário político e contamina aquilo que se entende, hoje, por democracia.

Mas diante desses aspectos pontuais, vislumbra-se no poder estatal especializado, com algum grau de cientificidade, um terreno fértil para o cultivo do princípio da sustentabilidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ADAMS, W.M. The Future of Sustainability: Re-thinking Environment and Development in the Twenty-first Century. **Report of the Renowned Thinkers Meeting, 29-31 January 2006**. Disponível em [http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn\\_future\\_of\\_sustainability.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_future_of_sustainability.pdf) acesso em 10.01.2017.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união europeia. *in* **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leito (org.). 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 78.
- BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 11, n. 1, jan/ jun. 2011.
- BOSELMMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**. Transformando Direito e Governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Título original: *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. *in* **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leito (org.). 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHOMSKY, Noam. **Mídia: propaganda política e manipulação**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- CRUZ, Paulo Márcio, REAL FERER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade, a Premissa Tecnológica como ampliação dos seus fundamentos. **Revista Sequencia**. Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- JAMES, Paul. **Urban Sustainability in Theory and Practice**. Abingdon: Routledge, 2015. Disponível em [http://www.academia.edu/9294719/Urban\\_Sustainability\\_in\\_Theory\\_and\\_Practice\\_Circles\\_of\\_Sustainability\\_2015\\_](http://www.academia.edu/9294719/Urban_Sustainability_in_Theory_and_Practice_Circles_of_Sustainability_2015_) acesso em 10.01.2017.
- LE BON, Gustavo. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Edições Roger Delraux, 1980, p. 14/15. Título original: *Psychologie des foules*.



MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RANCIÈRE, Jaques. **Ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014. Título Original: *La haine de la démocratie*.

REYBROUCK, David Van. **Against Elections**. The case for democracy. Translated by Liz Waters. London: The Blodley Head, 2016. Título original: *Tegen Verkiezingen*.

SARTORI, Giovanni. **Democrazia e definizioni**. Bologna: Il Mulino, 1957.

TODOROV, Tzvetan. **Inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 157. Título original: *Les ennemis intimes de la démocratie*.

ZANON JÚNIOR, Orlando. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

# **A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA E A (IN) EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NA ERA DA SUSTENTABILIDADE**

**Jorge Antonio Cecyn Junior<sup>1</sup>**

**Patrícia Silva Rodrigues<sup>2</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

A legislação protetiva do meio ambiente no Brasil é considerada uma das mais completas do mundo. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado ao *status* de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, e a legislação infraconstitucional atualmente tutela e regulamenta os mais diferentes ramos do direito ambiental (florestas, fauna, mineração, águas etc.). Uma lei em especial – a nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que tipifica os crimes ambientais –, foi bastante festejada quando de sua promulgação, pois acreditava-se que, com ela, as práticas atentatórias ao meio ambiente seriam reduzidas à medida que os poluidores fossem sentindo a repressão da lei penal. Na prática, contudo, após quase 20 anos em vigor, o que se vê é uma lei ineficiente, que dificilmente condena (em razão das penas muito brandas) e que não exerce de forma eficaz a função repressiva/preventiva desejada pelos seus idealizadores.

Diante disso, é preciso analisar quais as causas do descrédito e da sensação de impunidade existente em relação à tutela penal do meio ambiente no Brasil, que representa a problemática a ser analisada na presente pesquisa. Seria responsabilidade do legislador, que não estabeleceu penas mais severas, proporcionais aos danos ocasionados pela prática das condutas típicas previstas na lei de crimes ambientais, para satisfazer interesses políticos e econômicos? Ou seria

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI – SC (2016/2018). Pós Graduado em nível de Especialização em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2008). Graduado em Ciências Jurídicas, curso de Direito, pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE (2002/2006). Professor de Direito Processual Penal e Prática Penal Simulada no curso de graduação em Direito da unidade de Joinville/SC da Sociedade Educacional de Santa Catarina – UniSociesc (2011/2015). Servidor Público Estadual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, atualmente lotado no gabinete da 3ª Vara da Família da Comarca de Joinville/SC. E-mail: jacecyn@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI – SC, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade (2014). Mestre do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha (2014). Pós-graduada em Meio Ambiente pela Faculdade de Jandaia do Sul - FAFIJAN (2008). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1999). Atualmente é professora do curso de Direito do Centro Universitário da Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC), bem como ocupa o cargo de Técnico Judiciário Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), com lotação em gabinete e, ainda, exerce a função de Juíza Leiga. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

um efeito decorrente da própria consciência da população, influenciada pelo sistema capitalista, que diante da brandura das penas prefere arriscar a prática de um delito ambiental a ter de submeter-se à burocracia que condiciona a prática de determinados atos ou o exercício de certas atividades? Ou, ainda, seria uma mistura de ambos os fatores, calcada na inobservância das dimensões da sustentabilidade?

Nesse sentido, supõe-se que as penas muito brandas previstas na maior parte das condutas típicas descritas na Lei nº 9.605/98, por permitirem, em sua grande maioria, a aplicação de pelo menos um dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) ou a substituição da pena privativa de liberdade, em caso de condenação, acabam gerando certo descrédito na população, dando a falsa impressão de que o indivíduo que comete crime ambiental não é responsabilizado – ou, se é, de uma forma pouco gravosa.

Desta feita, o presente artigo visa discutir acerca da efetividade da tutela penal do meio ambiente sob o ângulo da função preventiva da pena na era da sustentabilidade, trazendo, primeiramente, uma abordagem da dimensão ambiental da sustentabilidade e da constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seguindo para uma breve enumeração dos crimes e penas previstos na Lei nº 9.605/98 – apontando, inclusive, os institutos (transação penal, suspensão condicional do processo, substituição de penas) que podem ser aplicados aos delitos –, e, a partir daí, elucidar o(s) motivo(s) pelo(s) qual(is) o legislador optou por cominar penas não tão severas aos delitos contra o meio ambiente, se comparadas com as penas cominadas a crimes que afetam outros bens jurídicos, identificando, concomitantemente, os fatores que contribuem para a inefetividade da tutela penal do meio ambiente no Brasil.

A metodologia aplicada foi o método indutivo, com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

## **1. A DIMENSÃO AMBIENTAL DA SUSTENTABILIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

Os debates acerca do meio ambiente e da sustentabilidade vêm ocorrendo atualmente em nível global, representando assunto imprescindível ao ideal de manutenção de todas as formas de vida do Planeta.<sup>3</sup> Tal fato é impulsionado pela conscientização de diversos segmentos da

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.p.

sociedade moderna, na busca pela criação de soluções para o fim da destruição que em seu vive hoje.

É inegável que a palavra “sustentabilidade” é difundida nos mais diversos setores da sociedade, seja ela relacionada ao meio ambiente, à economia, à pesquisa ou à administração pública. No entanto, é importante destacar que nem sempre a utilização deste termo é feita de forma apropriada e convergente aos reais interesses de sua composição. Por vezes, utiliza-se de dado conceito de forma imprópria, sobretudo para embasar discursos voltados à ampliação de interesses políticos ou empresariais, ou mascarar possíveis traços de modismos contemporâneos.

O caminho mais claro a ser seguido é, sem dúvida, o incentivo a políticas de preservação do meio ambiente e o estímulo ao alcance da sustentabilidade em todas as suas dimensões, mediante a cooperação dos membros da sociedade civil e do próprio ente governamental. Em que pese a discussão da dimensão ambiental da sustentabilidade tenha maior relevância para o presente estudo, convém ressaltar que, na lição de Freitas <sup>4</sup>, a “sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional. Para consolidá-la nesses moldes, indispensável, cuidar do ambiental, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político”.

Conceituando o que vem a ser a sustentabilidade, prossegue o referido autor que trata, esta,

[...] do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.<sup>5</sup>

A sustentabilidade significa, em linhas gerais, a capacidade que o indivíduo ou um grupo de pessoas tem de se manterem dentro de um ambiente sem causar impactos a esse ambiente e garantindo a existência da atual e das próximas civilizações. Não está ela adstrita tão somente ao meio ambiente, mas assume, hodiernamente, uma postura compromissada também com outras áreas, relacionando-se com outros setores da sociedade como a economia, a educação e a cultura. A sustentabilidade está intimamente relacionada com a ideia de desenvolvimento de vários setores da sociedade, evitando-se, desde logo, a agressão ao meio ambiente.

---

08.

<sup>4</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao futuro**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57.

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao futuro**. p. 41.

Esta sustentabilidade deve, por sua vez, estar amparada, dentre outras, por suas três dimensões - a ambiental, a social e a econômica. Destas, a dimensão ambiental representa o enfoque que interessa a esta pesquisa, tendo em vista que mais especificamente ligada à ideia de preservação do meio ambiente, cuja tutela preventiva e repressiva, será retratada a seguir.

Neste sentido, esclarece Garcia<sup>6</sup> que:

Dentro das dimensões da sustentabilidade, a ambiental é aquela em que se observa a importância da proteção do meio ambiente e, consequentemente do Direito Ambiental, tendo este, como finalidade precípua, garantir a sobrevivência do planeta mediante a preservação e a melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, tudo em função de uma melhor qualidade de vida.

Baseando-se neste conceito, os ordenamentos jurídicos dos Estados foram se aperfeiçoando de modo a criar mecanismos de proteção do meio ambiente, capazes de assegurar a preservação da vida em todas as suas formas e de modo qualificado.

No caso do Brasil, a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988<sup>7</sup> foi pioneira ao abordar a proteção ambiental de forma específica e global. Até então, o legislador constitucional havia se referido isoladamente a alguns dos elementos integrantes do meio ambiente (água, florestas, minérios, caça, pesca, patrimônio histórico, cultural e paisagístico)<sup>8</sup>, sem, contudo, conferir-lhes amparo sistemático, tal como na atual Carta fundamental.

Internacionalmente, a constitucionalização do meio ambiente começou a evoluir na década de 70, sob a direta influência da Declaração de Estocolmo (1972). Neste primeiro momento, destacam-se países como a Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978); posteriormente, em um segundo grupo, aparece o Brasil (1988); e, finalmente, após a Rio-92 outros países incorporaram concepções de desenvolvimento sustentável, biodiversidade e precaução em suas Constituições. Ressalte-se, a título exemplificativo, que a França, na contramão dos ideais acima mencionados, apenas em 2005 aprovou sua carta de proteção ambiental<sup>9</sup> – um indicativo de como Brasil está adiantado nesta questão. Aliás, mesmo antes de 1988, o legislador brasileiro já se mostrava preocupado em resguardar o meio ambiente, com a promulgação do Código Florestal

---

<sup>6</sup> GARCIA, Denise Schmitt de Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Revista Veredas**, Minas Gerais. Janeiro-Abril de 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/487/478>. Acesso em: 4 de janeiro de 2017.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>8</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.

<sup>9</sup> BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do Ambiental e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61-62.

(Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), da Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967) e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981).

É no art. 225 da Constituição Federal<sup>10</sup> vigente que se encontra o núcleo principal da proteção do meio ambiente. Inserido no Capítulo VI do Título VIII (Da Ordem Social), referido dispositivo compreende três conjuntos de normas: o primeiro, presente no *caput* (norma-matriz), revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o segundo, inserido no § 1º e seus incisos, dispõe sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no *caput*; e o terceiro, referido nos §§ 2º ao 6º, compreende um conjunto de determinações particulares que, por tratarem de áreas e situações de elevado conteúdo ecológico, mereceram desde logo proteção constitucional<sup>11</sup>.

Em suma, a norma-matriz (art. 225, *caput*) o legislador criou um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de direito indisponível, vez que sua preservação deve ser feita no interesse tanto da presente, quanto das futuras gerações. Nesta linha, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, ou seja, não pertence a indivíduos isolados, mas a toda a sociedade, e é essencial à sadia qualidade de vida, razão pela qual se atribuiu ao Poder Público o dever de protegê-lo e preservá-lo, como verdadeira obrigação de fazer (ato vinculado).

O *status* de direito fundamental atribuído ao meio ambiente ecologicamente equilibrado lhe confere algumas características que são inerentes a esta classe de direitos, tais como: irrenunciabilidade (não se admite que o infrator alegue direito de degradar por omissão ou até mesmo aceitação, expressa ou implícita, dos cidadãos, Poder Público, Organizações Não-Governamentais ou Ministério Público); inalienabilidade (ostenta titularidade coletiva, não sendo possível, assim, delegá-lo, transferi-lo ou negociá-lo); e imprescritibilidade (qualidade derivada de seu caráter intertemporal, já que o dever de preservá-lo e protegê-lo é destinado às presentes e também às futuras gerações)<sup>12</sup>.

O chamado “Princípio da primariedade do ambiente”, dando respaldo a estas

---

<sup>10</sup> Nota dos autores: no decorrer deste trabalho, utilizar-se-á a expressão “Constituição Federal” para referenciar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2002, p. 52, *apud* MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do Ambiental e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. p. 99-100.

características, impede que agentes públicos ou privados tratem o meio ambiente como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível, pois, sendo direito de aplicação direta<sup>13</sup>, vale por si mesmo, sem dependência da lei, vincula desde logo todas as entidades públicas e privadas.

Importante ressaltar, todavia, que o art. 225 da CF é “apenas o porto de chegada ou ponto mais saliente de uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, instituem uma verdadeira malha regulatória que compõe a ordem pública ambiental, baseada nos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade, ambos de caráter geral e implícito”<sup>14</sup>. É o caso dos instrumentos de tutela administrativa e jurisdicional do meio ambiente, que serão abordados no subtítulo a seguir.

## 2. INSTRUMENTOS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Os danos ao meio ambiente têm repercussão jurídica tripla. O poluidor (agente), em razão de uma mesma conduta, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, nas esferas penal, administrativa e cível conforme se infere do § 3º do art. 225 da Constituição Federal. Assim, para garantir a observância dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao meio ambiente e responsabilizar aqueles que contra ele praticarem condutas e atividades lesivas, foram criados instrumentos para a sua tutela nestas três esferas de atuação.

No âmbito administrativo, o Poder Público, no exercício de seu poder de polícia – por meio de seus órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente –, está legalmente autorizado, por força do previsto no *caput* do art. 70 da Lei nº 9.605/98, a lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para apurar a prática de ações ou omissões que violem as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Ainda na área administrativa, existe o inquérito civil, previsto no art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, espécie de procedimento administrativo instaurado e presidido pelo Ministério Público, que é destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, sendo o meio ambiente um integrante dos chamados direitos difusos, caracterizados, na forma do inc. I do parágrafo único do art. 81, da Lei nº 8.078/90, como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e

---

<sup>13</sup> Art. 5º, §1º, CF: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>14</sup> BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do Ambiental e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. p. 96.

ligadas por circunstâncias de fato, as condutas e atividades a ele lesivas podem ser investigadas por meio de tal instrumento.

Já na esfera judicial, a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85 e alçada ao patamar constitucional em 1988 (art. 129, inciso III, CF), é um dos mais importantes instrumentos de tutela jurisdicional do meio ambiente e de outros direitos transindividuais na área cível, tanto para prevenção, quanto para reparação de danos. A responsabilização civil objetiva em direito ambiental e a possibilidade de ser pleiteada condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º) – ou ambas cumulativamente, se o caso concreto permitir –, confere à ação civil pública maior amplitude e efetividade na tutela do bem jurídico ambiental em relação aos demais instrumentos.

Além da ação civil pública, existem, na esfera cível, outros meios processuais destinados à proteção ambiental, tais como a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; a ação popular constitucional; o mandado de segurança coletivo; e o mandado de injunção.

Por fim, a tutela do meio ambiente na área criminal se efetiva por meio da ação penal pública incondicionada, de iniciativa exclusiva do Ministério Público, já que o bem jurídico precipuamente protegido é o meio ambiente, cujo caráter transindividual legitima a titularidade do *parquet* e, inclusive, dispensa a representação ou atuação privada dos prejudicados.

A base do ordenamento ambiental penal é a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre infrações penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. As características desta lei, e as discussões que existem em torno de sua efetividade, serão melhor analisadas nos tópicos a seguir.

### **3. TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE**

A tutela penal do meio ambiente foi recomendada pelo próprio constituinte, conforme o já transcrito art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Atendendo a isto, a Lei nº 9.605 entrou em vigor no dia 30 de março de 1998, sendo denominada “Lei de Crimes Ambientais” (embora também disponha sobre infrações administrativas).

O bem jurídico por ela tutelado, obviamente, é o meio ambiente, conforme conceitua



Milaré<sup>15</sup>:

Nos crimes ambientais, o bem jurídico precipuamente protegido é o meio ambiente (= qualidade ambiental), em sua dimensão global. Sim, porque o ambiente – elevado à categoria de bem jurídico essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem – integra-se, em verdade, em um conjunto de elementos naturais, culturais e artificiais, de modo que possibilite o seguinte detalhamento: meio ambiente natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim, a biosfera); meio ambiente cultural (integrado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico etc.); e meio ambiente artificial (formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e nos equipamentos públicos: ruas, praças, áreas verdes, ou seja, todos os logradouros, assentamentos e reflexos urbanísticos, caracterizados como tal)

Para esse mesmo autor, “[...] nenhum outro interesse tem difusão maior do que o meio ambiente, que, como é curial, pertence a todos em geral e a ninguém em particular; sua proteção a todos aproveita, e a sua postergação a todos em conjunto prejudica. É verdadeira *res communis omnium*.”<sup>16</sup>.

O meio ambiente é, assim, um bem jurídico que não está ligado diretamente à pessoa, mas a todos indistintamente.

Ainda, segundo Lecey<sup>17</sup>, “[...] o Direito Ambiental Penal incrimina não apenas o colocar em risco a vida, a saúde dos indivíduos e a perpetuação da espécie humana, mas o atentar contra a própria natureza, bem que, por si mesmo, deve ser preservado e objeto de tutela, pelo que representa às gerações presentes e futuras.”

As infrações praticadas contra o meio ambiente são infrações de massa, contra a coletividade (sujeito passivo direto), que ofendem interesses coletivos e difusos. É possível, contudo, que pessoas certas e determinadas acabem também sendo lesadas ou ameaçadas por conta de aspectos particulares do dano – são sujeitos passivos indiretos, portanto. Assim, pode ocorrer um ilícito penal ambiental contra a coletividade e, ao mesmo tempo, um outro delito contra o patrimônio particular de alguém, por exemplo.

O tipo penal ambiental é aberto, em face da amplitude ou indeterminação da conduta incriminada. Conforme Milaré<sup>18</sup>:

---

<sup>15</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 921

<sup>16</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. p. 1.009.

<sup>17</sup> LECEY, Eládio. O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 18, p. 2.395, mar.-abr./2003.

<sup>18</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. p. 922.

[...] o agente é punido não por ter praticado o fato ou exercido tal ou qual atividade considerada danosa ao meio ambiente, mas sim por não ter obtido a autorização ou licença para tanto ou, ainda – mesmo quando devidamente habilitado, com a autorização ou licença, por não ter observado suas condicionantes e/ou as determinações legais ou regulamentares.

O legislador de 1998, na esteira do princípio da prevenção, segundo o qual “mais vale prevenir do que remediar”<sup>19</sup>, não se descurou dos chamados “tipos de perigo”, para os quais é suficiente a mera probabilidade de dano e cujo representante mais conhecido é o crime de poluição, previsto no art. 54, da Lei nº 9.605/98.

Além do crime de poluição e correlatos, a Lei nº 9.605/98 capitula crimes contra a fauna (arts. 29 a 37), crimes contra a flora (arts. 38 a 53), crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (art. 62 a 65), crimes contra a administração ambiental (arts. 66 a 69-A), entre outras condutas típicas mais específicas (arts. 55, 56, 60, 61).

As condutas típicas descritas na Lei de Crimes Ambientais possuem, em sua maioria, penas bem baixas. Em quinze destas condutas, a pena máxima não ultrapassa 2 anos, o que possibilita o oferecimento de transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95). O benefício da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95) é admitido em dezoito condutas, cujas penas mínimas são iguais ou inferiores a 1 ano. Apenas três condutas não permitem o *sursis* processual, porém, em caso de condenação, a pena privativa de liberdade é passível de substituição por pena restritiva de direitos. As condutas previstas nos arts. 35, 40, 54, §§ 2º e 3º, 56, § 2º e 69-A eventualmente podem fugir do benefício da substituição de pena, embora isso seja raro, pois geralmente não há reincidência.

Conclui-se, então, que a maioria dos crimes ambientais admite a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 e, se preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal, também poderão admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, em eventual condenação.

A aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95 está condicionada, todavia, à reparação do dano ambiental, conforme redação dos artigos 27 e 28 da Lei nº 9.605/98:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995,

---

<sup>19</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171.

somente poderá ser formulada desde que tenha havido a **prévia composição do dano ambiental**, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de **laudo de constatação de reparação do dano ambiental**, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no *caput*;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Assim, a transação penal e a suspensão condicional do processo, na sistemática da Lei de Crimes Ambientais, constituem mecanismos destinados à concretização da reparação do dano ambiental, que é objetivo norteador do Direito Ambiental, juntamente com o princípio da precaução/prevenção. Isto explica por que o legislador optou por sanções mais brandas, seguindo a linha da chamada teoria relativa da pena.

#### **4. A OPÇÃO PELA PREVENÇÃO**

As teorias da pena podem ser classificadas em absolutas e relativas. O caráter retributivo da pena é defendido pelas teorias tidas como absolutas, enquanto que a tese da prevenção é sustentada pelas teorias relativas. Esta última biparte-se em: prevenção geral (negativa e positiva); e prevenção especial (negativa e positiva).

Na prevenção geral negativa, a própria lei penal funciona como um mecanismo de intimidação do indivíduo tendente ao crime, em função da ameaça de aplicação da pena. Já na chamada prevenção geral positiva, o propósito da pena é manter, a longo prazo, a confiança dos

cidadãos na inviolabilidade da ordem jurídico-penal<sup>20</sup>.

A prevenção especial, por sua vez, é denominada negativa quando há uma neutralização do agente criminoso, por meio de sua segregação no cárcere, o que o impede de praticar novas infrações penais, ao menos junto à sociedade da qual foi retirado<sup>21</sup>. De outra parte, a prevenção especial positiva consiste na ressocialização do indivíduo, de modo que este medite sobre o crime e suas consequências, e não volte mais a cometê-lo.

O Código Penal adotou a denominada teoria mista ou unificadora da pena. Dispõe o art. 59 que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, ou seja, devem reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, em *quantum* proporcional à importância do bem jurídico atingido, assim como coibir futuras infrações penais.

A Lei nº 9.605/98, como mencionado, enfatiza o lado preventivo da pena. No Direito Ambiental Penal, “a norma incriminadora sanciona para que não ocorra dano”<sup>22</sup>. Isto é visível nos chamados “crimes de perigo”, como é o caso dos arts. 54 e 56 da Lei nº 9.605/98.

Neste sentido, a legislação penal ambiental tem maior conotação pedagógica do que o Direito Penal tradicional, pois suas sanções, como já visto, não se propõem a retribuir o “mal” praticado, e, sim, a repará-lo – seja com a recomposição direta do dano, seja com medidas alternativas.

O legislador, portanto, preferiu conscientizar a sociedade em lugar de puni-la, buscando organização e pacificação social. Esta escolha não se deu, contudo, apenas por razões de política criminal, mas também em função da ainda deficiente consciência ambiental da população brasileira, em cujo pensamento prepondera o individualismo, diretamente influenciado pelo sistema capitalista, que valoriza, por exemplo, muito mais o seu patrimônio do que o meio ambiente. Sobre isto, discorrer-se-á a seguir.

## **5. FATORES RELACIONADOS À INEFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL**

---

<sup>20</sup> HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal**, Porto Alegre, n. 2, p. 7, abr./2008. Disponível em <<[http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2\\_1.pdf](http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf)>.

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 490.

<sup>22</sup> LECEY, Eládio. O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 18, p. 2.396, mar.-abr./2003.

Entende-se que a inefetividade da tutela penal ambiental possui diversas causas. A ampla possibilidade de aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95, que abreviam sobremaneira os processos, mas por vezes não atingem o objetivo colimado pela lei, e a falta de consciência ambiental da sociedade, fortemente influenciada pelo sistema capitalista, que repercute inclusive na convicção de alguns aplicadores do direito, são dois importantes fatores que afetam a tutela penal do meio ambiente e acabam relegando tal direito a um patamar inferior, não condizente com sua importância constitucionalmente assegurada.

Muitos juristas defendem que, apesar de sua importância, o meio ambiente não deveria ser tutelado através de normas penais, pois esta seria tarefa melhor exercida pelas esferas civil e administrativa, já que o sistema penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, sob pena de banalização e perda de legitimidade das normas penais<sup>23</sup>.

A ideia de *ultima ratio* decorre do princípio da intervenção mínima, conforme ensina Lecey<sup>24</sup>

[...] somente haverá reserva legal, somente sofrerá incidência da norma incriminadora, a conduta que apresentar lesividade, de conformidade com outro princípio penal básico. Ou seja, apenas a conduta que ofender ou colocar em perigo de ofensa um bem jurídico merecerá a mínima intervenção do direito criminal. E não é qualquer bem que terá a tutela do direito penal. Tão somente aqueles com extrema relevância social, a ponto de merecerem a mais severa sanção, como é a criminal. Tudo na linha do conhecido Direito Penal Mínimo, ou do Direito Penal Necessário.

A valorização das penas alternativas e, conseqüentemente, a não utilização do encarceramento como regra geral para as pessoas físicas criminosas são exemplos da efetivação do caráter humanista das normas penais baseadas no Direito Penal Mínimo, por meio do qual se busca uma descriminalização através do incentivo a meios educativos – e socialmente mais benéficos – de penalização do agente infrator<sup>25</sup>.

A opção do legislador pela estipulação de penas que possibilitam a aplicação de penas alternativas atende à recomendação constante do item 26 da Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1984:

---

<sup>23</sup> SANTANA, Heron José de. O futuro do Direito Penal Ambiental: legalidade e tipicidade da Lei de Crimes Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 135, abr./jun. 2005.

<sup>24</sup> LECEY, Eládio. **O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente**. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v. 18, p. 2.394, mar.-abr./2003.

<sup>25</sup> DUARTE, Marise Costa de Souza; GENTILE, Larissa Dantas. Algumas observações sobre a tutela jurídica do meio ambiente a partir do estatuto ambiental constitucional e a questão da aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 172, mar./2009.

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para os delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves.

Assim, considerando que o delinquente ambiental, em regra, tem um perfil diferenciado – ou seja, não possui periculosidade –, a pena restritiva de direito, no entender do legislador, é a mais adequada, especialmente diante da previsão de responsabilização penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, CF e art. 3º da Lei nº 9.605/98). Em função disso, cominou sanções leves aos tipos penais ambientais, de modo a permitir a aplicação destas penas.

Ocorre que, passados quase vinte desde a entrada em vigor da Lei de Crimes Ambientais, a sensação que se tem é de que a tutela penal do meio ambiente ainda não cumpriu a sua missão preventiva e educativa, justamente em função da ampla possibilidade de substituição de penas e aplicação de medidas alternativas previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais, em que pese a popularização da ideia de sustentabilidade em âmbito global.

Ao autor de um delito ambiental, quando este for de menor potencial ofensivo, pode ser aplicada a pena alternativa em transação penal (prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95), que poderá consistir em prestação de serviços à comunidade, ou ao pagamento de multa – ou, ainda, a alguma outra medida estipulada, a critério do Ministério Público<sup>26</sup>. A transação penal, nos termos do já citado art. 27 da Lei nº 9.605/98, fica condicionada à prévia composição do dano ambiental – embora tenha se admitido que seja realizada concomitantemente ao cumprimento das demais medidas.

Na transação penal, por exemplo, o autor de uma atrocidade praticada contra o meio ambiente pode nem chegar a ser processado, caso aceite a pena alternativa em transação penal. Prestará serviços, pagará multa, e/ou frequentará cursos sobre tutela responsável do meio ambiente, porém jamais será punido de forma retributiva ao mal causado, ainda que lhe seja determinada a reparação do dano causado.

Na suspensão condicional do processo, cabível nas hipóteses de crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, existe o mesmo problema: se impossível a reparação, não

---

<sup>26</sup> A transação penal não poderá ser proposta se ficar comprovado: a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (art. 76, § 2º, Lei n. 9.099/95).

há como exigí-la. Nestes casos, a aplicação destes institutos aos crimes ambientais perde a sua razão de ser, e desvirtua-se de um dos fins precípuos do direito ambiental, que é justamente a recomposição do dano.

Na era da sustentabilidade ambiental, lamentável se faz o reconhecimento acerca do fato de que a impossibilidade de reparação do dano ocorre especialmente nos crimes contra a fauna, cujas condutas em geral estão relacionadas a situações irreversíveis – como o perecimento de espécies e o aprisionamento de pássaros silvestres em cativeiro por longo período, o que impede a sua reinserção na natureza. Em relação a estes crimes, portanto, a sensação de impunidade presente no âmago da sociedade é intensificada, dada a possibilidade de ser extinta a punibilidade do acusado com o cumprimento das condições impostas, sem a necessidade de recomposição do dano.

Isto é preocupante, pois o descrédito gerado em relação à tutela penal do meio ambiente, pouco a pouco, faz surgir a ideia de que praticar um crime ambiental compensa mais do que respeitar o meio ambiente, confrontando a ideia de desenvolvimento responsável. Diante da brandura das penas, o indivíduo prefere arriscar a prática de um delito ambiental a ter de submeter-se à burocracia que condiciona os licenciamentos a que estão sujeitos o exercício de certas atividades, por exemplo. Caso tenha de responder criminalmente, o agente prestará o serviço, pagará a multa, e estará livre novamente para a prática de novas condutas. Especialmente para as pessoas jurídicas, que tem maior poderio econômico, isto é bastante vantajoso.

Mesmo no caso de condenações, é muito difícil que as penas aplicadas cheguem ao *quantum* máximo cominado, pois os agentes, em sua maioria, não são reincidentes – em função, justamente, da possibilidade de aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 –, e possuem as circunstâncias do art. 59 do Código Penal favoráveis. Desta forma, as sanções, que já são brandas, dificilmente ultrapassam 4 anos, permitindo, assim, a substituição por penas restritivas de direito.

Diante deste panorama, pode-se afirmar, com absoluta propriedade, que a possibilidade de alguém ser condenado em função da prática de um crime ambiental é bem reduzida. E a de ser preso, então, é praticamente nula. Logo, a prevenção geral positiva, relacionada à confiança na inviolabilidade da ordem jurídico-penal, acaba ficando comprometida e passa a não surtir mais efeito sobre a sociedade.

Do mesmo modo, a prevenção geral negativa também é afetada, pois, sendo reduzida, na

prática, a aplicabilidade da pena – e está-se falando da privativa de liberdade, a única espécie de sanção realmente temida pela sociedade–, a lei penal ambiental acaba não tendo forças suficientes para intimidar o indivíduo tendente ao crime.

A impunidade, portanto, impulsiona o aumento da delinquência ecológica, já que os operadores do direito não têm punido os autores de crimes ambientais de forma exemplar, proporcional à importância do meio ambiente e ao dano causado. Isto acaba contribuindo para uma tutela penal do meio ambiente cada vez mais escassa, ineficaz, descrédula. Firma-se, literalmente, como a *ultima ratio*, tamanha é a sua falta de efetividade no campo prático, se comparada com a tutela civil, com seu amplo espectro de possibilidades.

Contribuem, ainda, para a situação de descrédito na tutela penal ambiental a inabilitação técnica e a ausência de vontade política das polícias civil e militar na repressão e prevenção dos crimes contra o meio ambiente, e também a constante omissão dos órgãos federais, estaduais e municipais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que não conseguem vencer as suas atribuições e, por vezes, deixam de levar ao conhecimento do Ministério Público as autuações relacionadas à prática de possíveis delitos ambientais. Neste caso, nem mesmo a persecução criminal é iniciada, o que é ainda mais grave.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei de Crimes Ambientais traduz uma importante ferramenta da preservação da sustentabilidade ambiental. No entanto, embora tenha representado um avanço quando de seu advento, pois significou um sinal de preocupação do legislador com a tutela penal do meio ambiente, na prática não está tendo a efetividade esperada. As condenações são escassas e, quando ocorrem, dificilmente culminam em detenções ou reclusões. Na maior parte dos casos, penas alternativas ou substitutivas são aplicadas, legalmente autorizadas pelas sanções pouco elevadas, que autorizam a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 e do art. 44 do Código Penal.

Diante deste cenário, o descrédito na força coercitiva da lei e certa sensação de impunidade tomam conta da sociedade, que não crê na capacidade destas penas de reduzir a prática de delitos contra o meio ambiente. Pelo contrário, este pensamento reforça a ideia de que praticar um crime ambiental não traz consequências, face a reduzida possibilidade de o agente ser responsabilizado pelo mesmo. Evidentemente não está se falando de crimes com grandes



proporções – como é o caso de extensos desmatamentos em áreas cobertas por vegetação legalmente protegida –, já que estes, invariavelmente, têm implicações nas esferas cível e administrativa (multas, embargos, ações judiciais etc.). Fala-se de crimes contra a fauna, por exemplo, cuja repercussão acaba se dando tão somente na esfera criminal.

Diante disso, pergunta-se: como incutir na sociedade sentimentos de intimidação, quando a própria reprimenda não tem força suficiente para tanto?

O discurso da teoria relativa, voltada para o caráter preventivo da pena, é louvável na doutrina. Fala-se em intimidação pela ameaça de aplicação da sanção, em confiança na inviolabilidade da ordem jurídico-penal, em ressocialização e conscientização do agente criminoso. Contudo, não há meios disponíveis para efetivar estes ditames. A fiscalização do cumprimento das penas alternativas é precária e, conseqüentemente, a sociedade vai deixando de respeitá-las e tratá-las com a devida seriedade – ou seja, como verdadeiras penas. Passa a enxergá-las como benefício, como um prêmio dado pelo Estado ao criminoso. Tal desvirtuamento afeta diretamente a efetividade da norma penal, cuja aplicação deixa de ser temida pela sociedade, e atinge a finalidade precípua da prevenção geral.

Para que a tutela penal do meio ambiente retome o prestígio que possuía quando de sua implementação, não é necessária a edição de novas leis, como comumente se faz quando uma lei então vigente não traz os resultados práticos esperados. Do ponto de vista legislativo, nosso ordenamento é muito mais bem estruturado do que o de muitos países do chamado Primeiro Mundo, já que possuímos uma base legal mínima capaz de assegurar uma eficiente proteção legal ao meio ambiente. A melhor saída para efetivar a proteção aos recursos naturais e garantir o equilíbrio ambiental na atualidade depende menos da elaboração de normas e mais de sua eficácia social, especialmente em uma sociedade marcada por tantos desequilíbrios sociais e ambientais, como é a brasileira.

A consciência ambiental da população deve ser fortalecida, como forma de também garantir a prática da sustentabilidade. É um longo caminho, muito mais tortuoso do que elaborar uma nova lei. Demanda a promoção de políticas públicas, fiscalização pesada e eficiente, educação ambiental de forma inteligente e cativante. De nada adianta ter um dos arcabouços legislativos mais completos do mundo na área ambiental se a sociedade não está preparada para absorver o conteúdo destas normas, e o Poder Público não tem mecanismos para fazer valê-las. Alguns países europeus não têm uma legislação tão protetiva como a brasileira, mas a preocupação ambiental

dos seus cidadãos supera com larga vantagem a dos brasileiros. Fortalecer a concepção de seu caráter difuso, de sua importância para as presentes e futuras gerações, de seu valor inestimável e equivalente à vida é uma das formas de conferir maior efetividade à tutela do meio ambiente no Brasil.

Contudo, de nada adianta conscientizar a população se não existirem instrumentos coercitivos adequados. Diante disso, seria fundamental, primeiramente, a revisão das sanções previstas para determinados tipos penais previstos na Lei nº 9.605/98 – especialmente dos comentados crimes contra a fauna –, de modo a limitar a quantidade de condutas passíveis de aplicação de penas alternativas em transação penal, de suspensão condicional do processo, ou de substituição por penas restritivas de direitos. Não há como exigir respeito da população à lei se esta não respeita o bem jurídico que visa proteger. As penas devem ser proporcionais à gravidade e à extensão do dano provocado pelo mal praticado. Reafirmar-se-ia, desta forma, a importância da proteção ambiental também na esfera penal, e talvez, assim, a propalada “prevenção geral” seria finalmente alcançada na era da sustentabilidade.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do Ambiental e Ecologização da Constituição Brasileira. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Publicado no Diário Oficial de União em 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Coletânea de Legislação Ambiental, Constituição Federal** / organização Odete Medauar. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Marise Costa de Souza; GENTILE, Larissa Dantas. Algumas observações sobre a tutela jurídica do meio ambiente a partir do estatuto ambiental constitucional e a questão da aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 14, nº 53, p. 165-186, mar./ 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao futuro**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt de Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Revista Veredas**, Minas Gerais. Janeiro-Abril de 2016. Disponível em:  
<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/487/478>. Acesso em: 4 de janeiro de 2017.

GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal**, Porto Alegre, nº 2, p. 7, abr./2008. Disponível em <<[http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2\\_1.pdf](http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf)>. Acesso em: 4 de janeiro de 2017.

LECEY, Eládio. O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 18, p. 2393-2411, mar.-abr./2003

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTANA, Heron José de. O futuro do Direito Penal Ambiental: legalidade e tipicidade da Lei de Crimes Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, nº 34, p. 124-146, abr./junº2005.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2002, *apud* MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

2007.

# **A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA COMO PARADIGMA DE SUSTENTABILIDADE PROPOSTO PARA O ESTADO CONTEMPORÂNEO NO SÉCULO XXI – PERSPECTIVA SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE<sup>1</sup>**

**Júlio César Bernardes<sup>2</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

A Globalização, o processo de individualização industrial e o sistema de produção Capitalista, baseados, dentre outros, no individualismo e no consumismo exacerbado de bens não essenciais à vida, repercutem negativamente no comportamento humano, afastando a Família e seus membros dos valores fundamentais reconhecidos pela Constituição da República, como o princípio da Fraternidade e o da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo apresentar a Função Social da Família como paradigma de Sustentabilidade proposto para o Estado Contemporâneo no século XXI, sugerindo-se que a Função Social da Família deva ser implementada pelo Estado Contemporâneo e pela Sociedade, por meio da mudança de consciência, na qual a Família deve, como referente base do ser humano, propiciar a valorização do ser, pelos laços de afeto e carinho, da Dignidade da Pessoa Humana e da Fraternidade, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os resultados da pesquisa estão expostos no presente trabalho, de forma sintetizada, como segue.

Para alcançar o objetivo elencado acima, discorreremos inicialmente sobre a Função Social da Família no constitucionalismo contemporâneo, apresentando seu conceito operacional e sua interpretação no ordenamento jurídico, sugerindo-se padrões de comportamento positivos da Sociedade para a concretização dos fins sociais a que ela se destina.

No segundo tópico, elencaremos os fundamentos sobre a necessidade de compreender a

---

<sup>1</sup> Artigo produzido como trabalho final da disciplina Teoria do Estado e da Constituição – TEC-2016-1, 03 créditos, do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor César Luiz Pasold.

<sup>2</sup> Doutorando do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Linha de Pesquisa: Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade – 2016), aluno da disciplina Teoria do Estado e da Constituição - TEC, ministrada pelo Professor César Luiz Pasold. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC. CV: <http://lattes.cnpq.br/3990333915200360>. E-mail: [jcb22164@tjsc.jus.br](mailto:jcb22164@tjsc.jus.br).

Função Social da Família como paradigma de Sustentabilidade, por meio de sua dimensão social, proposto para o Estado Contemporâneo no século XXI, pontuando os argumentos sobre a nova postura a ser adotada pelo Estado e pela Sociedade, em virtude dos efeitos prejudiciais da Globalização e do sistema de produção Capitalista.

Quanto à Metodologia, para produção do texto, com apoio no Método Indutivo, utilizou-se na Fase de Investigação a Técnica do Referente em conjunto com as Técnicas da Pesquisa Bibliográfica e do Fichamento. Na Fase de Tratamento dos Dados fez-se o uso das Técnicas da Categoria e dos Conceitos Operacionais, empregando-se na Fase do Relato dos Resultados o método Cartesiano.

## **1. A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA E SUA PRIMAZIA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO - APORTES CONCEITUAIS NECESSÁRIOS PARA O TEMA PROPOSTO**

Antes de iniciarmos a tratativa sobre o tema proposto, para excluir eventuais interpretações divergentes sobre Categorias importantes expostas no texto, evitando o uso do senso comum, que, para uma adequada pesquisa científica não é recomendado, apresentaremos o Conceito Operacional da expressão Função Social da Família. Essa tarefa é aconselhável para facilitar a compreensão do leitor acerca dos argumentos que se pretende justificar na redação do trabalho, dinamizando as reflexões e discussões surgidas no decorrer da leitura<sup>3</sup>.

Apresentamos, assim, nosso primeiro Conceito Operacional, que defendemos ser a Categoria mais importante deste artigo, na medida em que a expressão Função Social da Família interligar-se-á com as Categorias Estado Contemporâneo<sup>4</sup>, Sociedade<sup>5</sup> e Sustentabilidade<sup>6</sup>, que,

---

<sup>3</sup> Conforme bem justifica Pasold, o senso comum muitas vezes não é o que o bom senso recomenda para uma dada situação científica, até porque, em Ciência, o óbvio deve ser desconsiderado para uma adequada pesquisa científica. (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 52).

<sup>4</sup> Sobre Estado Contemporâneo, adotar-se-á a definição de apresentada por Pasold, segundo o qual entende-se ser o período que tem início em 1916, com o término do período do Estado Moderno e surgimento, a partir da Constituição Mexicana de 1917. Além disso, caracteriza-se o Estado Contemporâneo pelo dever de dedicar-se para consecução do Bem Comum ou Interesse Coletivo, balizando suas interferências na vida da Sociedade por tais fins, porquanto o titular dos benefícios da criação do Estado é justamente a Sociedade. (PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Disponível em ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p. 32).

<sup>5</sup> Neste artigo, adotando o mesmo raciocínio de PASOLD, a categoria Sociedade é empregada com a inicial maiúscula por ser a criadora e mantenedora da categoria o Estado, que, grafada com a inicial maiúscula, deve estar comprometida e atender os fins sociais desejados pela Sociedade. (PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Disponível em ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p.10).

<sup>6</sup> O tema Sustentabilidade será abordado de modo mais profundo no capítulo 2 do presente artigo. Porém, para fins de compreensão do texto, adotaremos a definição apresentada por Juarez Freitas que se justifica coerente com o tema ora abordado: “trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial,

não obstante suas essencialidades, neste trabalho, serão conceituadas a partir de definições doutrinárias já estabelecidas pela comunidade acadêmica, para referir a sustentação da ideia que se pretende.

Nessa sistemática adotada, por rigor científico, mais adequado delimitarmos a definição dos termos Função, Social e Família, para somente após inserirmos a junção das Categorias obtendo como resultado o Conceito Operacional proposto para a expressão Função Social da Família.

Segundo Houaiss<sup>7</sup>, Função pode apresentar vários significados dentre as variações linguísticas, mas para o tema em apreço, dentre eles, elegemos os seguintes significados: “2 obrigação a cumprir, papel a desempenhar [...] 6 uso a que se destina algo; utilidade, emprego, serventia”.

A categoria Social é apontada por Houaiss<sup>8</sup> como “1 concernente a uma comunidade, a uma sociedade humana, ao relacionamento entre indivíduos etc. [...] 4 conveniente à sociedade ou próprio dela [...] 9 o que diz respeito ao bem-estar das massas, esp. as menos favorecidas”.

Já a categoria Família, em virtude das constantes modificações das relações sociais contemporâneas, exsurge com nova descrição, amparada pela admissão, no cenário político-jurídico mundial, dos princípios da igualdade material, dignidade da pessoa humana e fraternidade. Nessa perspectiva, a admissão da existência de relações multifacetadas no contexto espaço-gênero, é absorvido para modificar o já ultrapassado conceito de Família apresentado no Estado de Direito, para reconhecer a diversidade cultural e de gênero existente nas relações homoafetivas e nas constituídas pela aproximação socioafetiva, na qual o vínculo familiar é estabelecido pelas relações de afeto e carinho entre pessoas que frequentemente residem no mesmo local e mantém entre si uma relação fraterna, independente do vínculo biológico.

Nesse sentido, verifica-se que em Houaiss<sup>9</sup> mencionava-se o seguinte conceito: “1 grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (esp. o pai, a mãe e os filhos) 2 grupo de pessoas com ancestralidade comum 3 pessoas ligadas por casamento, filiação ou adoção”. Porém, na edição

---

socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos” (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 40-41).

<sup>7</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 937.

<sup>8</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. p. 1.761.

<sup>9</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. p. 871.

repaginada do referido dicionário (2016), cuja atualização recebeu auxílio e sugestões de milhares de “internautas”, a categoria Família foi alterada para “Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária”<sup>10</sup>.

Para relembrar, apenas em 1988, com o advento da Constituição Cidadã<sup>11</sup>, passou-se a reconhecer a união estável e as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes no conceito operacional legal de Família (art. 226, §§3º e 4º).

Logo, o conceito operacional de Família não pode crer-se fechado, reduzido as compilações legislativas de determinado grupo político – como se pretende com o Projeto de Lei n. 6.583/2013<sup>12</sup>, nomeado de Estatuto da Família - ou hermeticamente vinculado à dado momento histórico-cultural. É preciso aspirar as novas tendências da Sociedade e suas relações privadas de afeto, carinho e fraternidade no núcleo familiar, que transcendem aos vínculos puramente biológicos, admitindo-se em seu conceito o pluralismo familiar.

A partir das categorias expostas acima, tem-se por Função Social da Família o conjunto de incumbências atribuídas à Família, consistentes em práticas positivas de convivência familiar sustentável que propiciem a valorização do ser, pelos laços de afeto e carinho; da Dignidade da Pessoa Humana e da Fraternidade, para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; e com fundamento na Sustentabilidade, na boa-fé e nos bons costumes, para que seus membros possam se desenvolver apoiados em valores constitucionais, promovendo a Justiça Social e colaborando para a promoção da cidadania em benefício de uma Sociedade livre de desigualdades sociais<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Conforme noticiado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM: “A nova definição surgiu após a campanha #TodasAsFamílias, promovida pela agência NBS com o Grande Dicionário Houaiss, que recebeu mais de 3 mil sugestões de texto sobre o conceito de família “sem preconceito ou limitações.” “E para você, o que é família?”. Esta era a pergunta feita pelo Houaiss durante a campanha, que foi uma reação ao conceito de família contido no projeto de lei conhecido como Estatuto da Família, aprovado em comissão especial da Câmara dos Deputados, em 2015. Segundo o estatuto, família é “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. INSTITUTO DE DIREITO DA FAMÍLIA. Dicionário reformulada conceito de família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em 21.06.2016.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (texto compilado). Preâmbulo. **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 junho. 2016. Doravante designada diretamente no texto pela sigla CRFB.

<sup>12</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 6.583 de 2.013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>>. Acesso em: 15 junho. 2016.

<sup>13</sup> Este é o conceito operacional proposto pelo autor, que, embora sucinto diante da abrangência do tema, decorre do levantamento bibliográfico realizado no decorrer do curso de Doutorado em Direito pela UNIVALI, algumas obras apontadas nas referências bibliográficas deste artigo, e ainda obtida por meio do conhecimento empírico da atuação profissional do autor como magistrado da Vara da Família, Infância e Juventude e Sucessões da Comarca de Curitiba-SC, a contar do ano de 2014.



Entre os aspectos que envolvem a convivência familiar sustentável desejada para implementação da Função Social da Família, propõe-se o dever de os pais: a) compartilharem experiências saudáveis e positivas ao desenvolvimento do filho, como esportivas, educacionais, religiosas se assim optarem, de lazer; b) prestarem auxílio moral, consistente em agregar ao conhecimento dos filhos lições de ética com base na boa-fé, na moralidade e na igualdade do próximo; ainda, educar e levar ao cognitivo dos filhos lições de cidadania, fraternidade, solidariedade, respeito a pluralidade política e a sustentabilidade para a preservação do ecossistema para as gerações presentes e futuras; c) transmitirem afeto e carinho aos filhos para que possam se desenvolver em ambiente saudável e propício à boa formação psíquica; d) conviverem por período de tempo com os filhos a fim de compartilhar e transmitir os deveres acima exemplificados.

No plano da convivência familiar sustentável entre cônjuges e companheiros, independente de gênero, desejada para implementação da Função Social da Família estão os deveres de: a) fidelidade recíproca; b) vida em comum; c) mútua assistência; d) sustento, guarda e educação dos filhos; e) respeito e consideração mútuos; f) afeto e carinho recíprocos<sup>14</sup>.

Nesse ponto, por conta da Função Social da Família, alguns dos deveres acima arrolados transpassam o rompimento da relação conjugal, como o dever de os pais prestarem auxílio material e moral à prole e a mútua assistência entre pessoas divorciadas ou separadas de fato, na ressalva do art. 1.694 e art. 1.704 do Código Civil<sup>15</sup>.

Para subsidiar a interpretação da Função Social da Família e extrair os objetivos contidos na Constituição de 1988, deve-se utilizar a interpretação lógico-sistemática, fundamentada pela ponderação de princípios explícitos e implícitos na Lei Fundamental. Seguindo esse raciocínio, o aplicador do direito deve se afastar da interpretação fragmentaria a dispositivos isolados do texto constitucional, valorizando a interpretação lógico-sistemática com apoio nos valores máximos, fundamentos e princípios constitucionais. Como pondera Grau<sup>16</sup>,

[...] assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o Direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se

<sup>14</sup> Alguns destes deveres estão positivados no art. 1.566 do Código Civil.

<sup>15</sup> BRASIL. Código Civil (texto compilado). **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 junho. 2016. Doravante designada diretamente no texto pela sigla CC/2002.

<sup>16</sup> Na presente transcrição, adverte-se que os termos em itálico estão em conformidade com o original, para manter a importância dada pelo autor em seu raciocínio. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 161.

interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto normativo da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir desse texto até a Constituição.

Logo, a Função Social da Família adotada pela CRFB deve receber interpretação lógico-sistemática, sob a reflexão hermenêutica da Constituição como um todo, informada pelos princípios jurídicos explicitados na CRFB e afetos ao Direito de Família, como a Dignidade da Pessoa Humana, isonomia entre os membros da Família e entre os filhos biológicos ou socioafetivos, a Fraternidade, a paternidade responsável, a pluralidade das entidades familiares, a proteção da Família pelo Estado e pela Sociedade e a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente<sup>17</sup>.

Barroso respalda esse discernimento e justifica ser a Dignidade da Pessoa valor fundamental e princípio jurídico que, além de fornecer parte do significado nuclear dos Direitos Fundamentais, por estar na origem dos direitos humanos, tem a função de princípio interpretativo e integrador, mormente “na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas –, bem como no caso de desacordos morais”, como vetor de aplicação dos Direitos Fundamentais<sup>18</sup>.

A Função Social da Família é protegida pelo Estado e tem como eixo de apoio o art. 226 da CRFB, que enfatiza a Família como base da Sociedade, com especial proteção do Estado. Trata-se de norma impositiva ao Estado, que tem a obrigação de assegurar a assistência à Família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º, da CRFB).

Aliás, a CRFB elenca como norma-objetivo ter a assistência social o fim de tutelar à Família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (art. 203).

No plano privado, a norma impositiva constitucional tem aplicação imediata, irradiando seus efeitos nas relações privadas, especialmente nas relações do âmbito familiar, pois, como adverte Hesse, “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Segundo as lições de CANOTILHO “Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada.”. (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Edição Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 202).

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 111.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 21.

Conforme Hesse<sup>20</sup>,

Aquilo que é identificado como vontade de Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.

Em direção ao mesmo raciocínio, com fundamento na essencialidade do princípio da Dignidade da Pessoa Humana<sup>21</sup>, Sarlet aponta sobre a necessidade de adequação da Dignidade da Pessoa Humana como valor superior (e fundamental) da ordem jurídica brasileira, singularizado como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>22</sup> Sob esta ótica, a Dignidade da Pessoa Humana tem função instrumental integradora e hermenêutica, devendo ser utilizada como suporte para aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico para concretização dos Direitos Fundamentais, em favor da Sociedade brasileira, inclusive nas relações do âmbito familiar. Isso porque, na esfera privada, empresas, associações e particulares estão “diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares”<sup>23</sup>.

## **2. A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA COMO PARADIGMA DE SUSTENTABILIDADE PROPOSTO PARA O ESTADO CONTEMPORÂNEO NO SÉCULO XXI – PERSPECTIVA SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE**

Como delineado no introito deste trabalho, esta pesquisa tem por propósito apresentar a Função Social da Família como paradigma de Sustentabilidade proposto para o Estado Contemporâneo no século XXI, por meio da perspectiva sobre a dimensão social da Sustentabilidade, apresentando argumentos sobre a necessidade de nova postura pela Sociedade e pelo Estado na abordagem dos temas afetos à Família.

---

<sup>20</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. p. 22.

<sup>21</sup> Neste trabalho adotaremos o Conceito Operacional de Dignidade da Pessoa Humana elaborado por Sarlet, segundo o qual: “(...) temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71). Itálico no original.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 82-83.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 91.

Os efeitos socioeconômicos negativos do processo de individualização da industrialização e do mercado global repercutem diretamente nas populações do mundo, em decorrência de seu aspecto transnacional, afetando as relações do núcleo familiar. A fome, as guerras, a miséria, os altos índices de desnutrição infantil e morte precoce são efeitos constatados nos países emergentes, grandes fornecedores de recursos naturais e matérias-primas aos países desenvolvidos, onde a ausência de políticas públicas do Estado não justifica a ausência de políticas públicas de sustentabilidade transnacionais pelos países beneficiados com os altos lucros do comércio.

Como sustenta Beck, na modernidade tardia, a produção social de bens e fortuna tem como desfecho indeclinável a produção social de riscos. Os mais afortunados economicamente submetem-se a menor grau de risco produzido pela sociedade industrial, porquanto possuem melhores condições de trabalho com qualidade de vida, segurança reforçada, lazer adequado e com maior número de horas, moradia digna e alimentação livre de substâncias nocivas. De outro lado, aqueles que vivem em situação de miséria ou abaixo dessa linha de pobreza, submetem-se a maior grau de risco, em virtude da ausência de recursos financeiros, agravado pelo escasso investimento público em políticas sociais, para amenizar os riscos da produção em alta escala<sup>24</sup>.

Sobre o tema, Cruz e Bodnar<sup>25</sup> argumentam a imprescindibilidade de se utilizar a Sustentabilidade como novo paradigma para o direito pós-moderno, no Estado Contemporâneo, caracterizado pelos acentuados efeitos da Globalização e da consequente sociedade de risco, cujos resultados maléficos da degradação ambiental em sua percepção polissêmica - social, econômica, tecnológica e do meio ambiente propriamente dito -, transcendem as fronteiras transnacionais. No entanto, enfatizam a necessidade de adotar em conjunto com a Sustentabilidade o paradigma da liberdade, porém, a partir de uma leitura atualizada com o constitucionalismo contemporâneo, sujeito a limitações de ordem pública, para assegurar a proteção ambiental e o cumprimento da função social por parte do Estado e da Sociedade.

O novo paradigma que surge se justifica pela necessidade vital da preservação da vida no planeta. Isso implica, evidentemente, a adoção de um novo paradigma geral para as ciências e, por consequência, para o direito. Afinal de contas, a liberdade justificou a desigualdade material da

---

<sup>24</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora. p. 27.

<sup>25</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, **Porto Alegre, V3, p. 75-83, janeiro-junho de 2011. p.76. Disponível em:** <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777>. Acesso em: 15 junho. 2016.

modernidade, sendo notória a degradação ambiental produzida pela pobreza e pela miséria resultado dessas desigualdades<sup>26</sup>.

Nesse cenário indicativo do dever de o Estado e da Família promover seu mister social, em benefício da dimensão social da sustentabilidade, nas lições de Pasold<sup>27</sup>, a Função Social do Estado Contemporâneo refere-se a uma “fórmula doutrinária que conecta a condição instrumental do Estado com o compromisso com o Bem Comum ou Interesse Coletivo, e, principalmente, com a dignidade do Ser Humano”. Justifica este argumento pelo raciocínio de que o ente criador (Sociedade) deve ser o destinatário do agir do ente criado (Estado), consubstanciado em políticas públicas voltadas em favor do Bem Comum ou do Interesse Coletivo, o que deve ocorrer de forma continuada, como compromisso da criatura.

Ratificando o papel de destaque da Fraternidade para perfectibilização da Função Social da Família como sugerimos neste artigo, Silva e Brandão expõe ser a Fraternidade condição de princípio do universalismo político e em relação de interdependência entre os princípios da liberdade e da igualdade, como vetor para interpretação da Constituição Brasileira e efetivação dos Direitos Fundamentais reconhecidos em seu texto.<sup>28</sup> Como resultado, concordamos, deve-se adotar a Sociedade Fraterna como critério de decisão adequada à Constituição Brasileira, diante das novas necessidades das relações da Sociedade Contemporânea, por vezes em desequilíbrio em virtude do processo de globalização econômica.

Em conformidade com Silva e Brandão, o princípio da fraternidade encontra destaque de categoria política estratégica para a formação da cultura constitucional brasileira por estar consignada no preâmbulo da Constituição Brasileira<sup>29</sup>. Nessa mirada, sua pertinência é latente, consubstanciada em ser elemento de sustentação para compreender a Constituição Brasileira como projeto cultural, requisito para construir uma Sociedade Fraterna voltada à modificação da realidade pelo bem social e compreensão de que a vida no planeta e sua continuidade depende de um agir sustentável, como objetivo da Sociedade<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. p.76.

<sup>27</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 52.

<sup>28</sup> SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2015. p.169).

<sup>29</sup> SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição**. p.175.

<sup>30</sup> Cf. Silva e Brandão: [...] A Sociedade fraterna é uma Sociedade construída por pessoas humanas estimuladas a perceber o sentido da própria existência e, porque percebem o sentido da própria existência, adotam modos de vida que dão sentido à existência do humano e a sua continuidade no tempo e espaço da biosfera. A construção de uma Sociedade fraterna é o novo horizonte que surge na marcha da Constituição Brasileira, tornando o tipo de Sociedade que se quer (e se deve) construir critério de decisão adequada à Constituição”. SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade: o Valor**

Reconhecida no direito moderno como fim a ser alcançado em sua plenitude pelos indivíduos, a liberdade era compreendida como direito inato e ilimitado do ser, especialmente no contexto da aquisição e circulação de bens, e a intervenção estatal mínima sobre as relações particulares era a regra do jogo<sup>31</sup>. Amparada pelo conteúdo axiológico liberal e do pensamento iluminista, o liberalismo da modernidade ditou o modo de ser e agir da Sociedade, pela lógica individualista<sup>32</sup>, tornando o sujeito um ser egoísta, despreocupado com as consequências prejudiciais do sistema capitalista ao meio ambiente<sup>33</sup>. A retórica da busca incessante do lucro máximo, subsidiada pela onda do consumismo exacerbado de bens não essenciais à vida, em detrimento do mínimo custo da mão de obra e dos direitos sociais, gerou danos irreparáveis ao ser humano identificados até o presente. Essa proliferação dos prejuízos é percebida não apenas na dimensão ambiental da Sustentabilidade, onde a escassez dos recursos naturais denota-se, atualmente, pela tentativa do emprego de energias renováveis e menos poluentes, mas também nas relações sociais e no núcleo da Família, corolário da dimensão social da Sustentabilidade.

Nesse contexto, Pisarello<sup>34</sup> destaca o fracasso da modernidade no que tange à concretização dos direitos sociais, denunciando que o século XX encerrou com resultado desalentador, quiçá pior que o século XIX, referente ao aumento das desigualdades sociais globais, referindo que um terço dos habitantes do planeta concentra todos os recursos, enquanto que os dois terços restantes vivem à penumbra da miséria. Porém, justifica que o acesso aos bens de consumo e direitos sociais pelas economias privilegiadas do planeta tem lugar, em parte “ao preço do empobrecimento dos povos e regiões mais vulneráveis e da negação de direitos básicos às gerações futuras”.<sup>35</sup>

Cruz e Bodnar<sup>36</sup> esclarecem ainda que com a implantação do Estado Social de Direito e do Estado de Bem-Estar o paradigma da liberdade foi atenuado para revitalizar-se face às novas aspirações do planeta, num processo de relativização com ênfase da questão ambiental e social,

---

**Normativo do Preâmbulo da Constituição.** p.24.

<sup>31</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 479-480.

<sup>32</sup> Como leciona Wolkmer, “De todas as expressões valorativas, a que mais direta e comumente se integra ao Liberalismo é o individualismo. Ainda que se admitam outras experiências de cunho individualista, como o individualismo cristão, naturalista, racionalista ou anarquista, nenhuma tem um alcance tão rico e coerente quanto o individualismo liberal que faz do ser individual um “valor em si” e um “valor absoluto”. (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª Ed. rev atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p. 27-28).

<sup>33</sup> Cf. COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 128.

<sup>34</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.11.

<sup>35</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para uma reconstrucción. p. 12.

<sup>36</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. p.76.

instigada pelos “novos cenários transnacionais típicos da sociedade de risco”, originando uma nova era, regrada pela tutela do meio ambiente, pela efetivação da igualdade material. Nesse cenário de mudanças, papel importante atribui-se às ações e ideias socialistas de igualdade social, pela crítica às desigualdades sociais e efetivação da solidariedade pelo Estado, voltadas à valorização da pessoa como integrante de uma comunidade e com respaldo da Dignidade da Pessoa Humana.

Embora correto o pensamento de Pisarello, ao afirmar que o “reconhecimento positivo dos direitos sociais está longe de ser convertido em expectativas plenamente exigíveis ou em instrumentos aptos para satisfazer as necessidades básicas de seus destinatários”<sup>37</sup>, é preciso a mudança imediata do pensamento global para inserir a cultura da sustentabilidade da biota, como novo paradigma do direito contemporâneo, firmando Sociedade e Estados compromisso fraterno, solidário e transnacional em benefício de todos, sem limitação por fronteiras territoriais, para preservação dos recursos naturais existentes e garantia de seu uso sustentável para as presentes e futuras gerações. No conceito de sustentabilidade, insistimos, deve-se compreender sua dimensão social, com destaque para a Função Social da Família, que deve servir de instrumento para proporcionar a valorização da pessoa, pelos laços de afeto e carinho, da Dignidade da Pessoa Humana e da Fraternidade, objetivando a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária, com fundamento na Sustentabilidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O sistema Capitalista deve adotar nova leitura, sedimentada na percepção que venha colaborar para o progresso sustentável do planeta em benefício de seus habitantes, compreendendo ser a Função Social da Família, nos moldes do conceito operacional neste texto apresentado, essencial para a concretização de um planeta sustentável, em benefício das gerações presentes e futuras.

De fato, para a efetivação da Sustentabilidade global em sua amplitude proposta, exige-se mudança de consciência e conduta dos gestores públicos e da Sociedade, assimilando que a Família, como referente educacional e cultural base do ser humano, deve cumprir as funções para ela arroladas na Constituição da República, que propiciem a valorização do ser, pelos laços de

---

<sup>37</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. p.12.

afeto e carinho; da Dignidade da Pessoa Humana e da Fraternidade, para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária, com fundamento na Sustentabilidade, na boa-fé e nos bons costumes.

A sustentabilidade, no processo de consolidação como novo aporte axiológico ao Direito, deve erguer-se “a partir de múltiplas dimensões que incluam as variáveis ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base forte o meio ambiente”<sup>38</sup>, pois essas dimensões, sem exceção, identificam-se com a diversa gama de Direitos Fundamentais.

A dimensão social da Sustentabilidade deve ser concretizada pelo Estado por meio da efetivação dos direitos prestacionais sociais (saúde, educação, moradia, seguridade social, esporte, lazer, etc) em benefício da Família, como elemento formador cultural do ser humano, para que seus membros possam se desenvolver apoiados em valores constitucionais, promovendo a Justiça Social e colaborando para a promoção da cidadania em benefício de uma Sociedade livre de desigualdades sociais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (texto compilado). Preâmbulo. **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 junho. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil (texto compilado). **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 junho. 2016.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 6.583 de 2.013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras

---

<sup>38</sup>CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. *In*: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. p. 81-82.



providências. **Câmara dos Deputados**. Brasília, DF. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>>. Acesso em: 30 junho. 2016.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Edição Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, V3, p. 75-83, janeiro-junho 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777>. Acesso em: 15 junho. 2016.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO DE DIREITO DA FAMÍLIA. **Dicionário reformulada conceito de família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em 21.06.2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p.10. Disponível em ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3ª Ed. rev atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

# **O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A QUESTÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL**

**Klauss Correa de Souza <sup>1</sup>**

**João Carlos Castanheira Pedroza <sup>2</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

O presente desenvolvimento procura demonstrar a evolução do direito ambiental com um panorama entre as passadas, a presente e as futuras gerações.

Trata-se de construção textual baseada em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do assunto, cujo objetivo é expor que os direitos fundamentais, como o é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, descortinam conquistas paulatinamente incorporadas à esfera jurídica dos cidadãos, passando a compor um mínimo existencial destes.

Nessa seara, afigura-se relevante a discussão acerca da possibilidade de novas legislações incorporarem no ordenamento jurídico leis que acarretem a retrocessão da proteção ambiental, principalmente quando tais atos mais modernos estiverem em salvaguarda a outros direitos fundamentais, tais como a saúde, a vida, dentre outros.

A importância da abordagem reside no fato de que, muito embora a degradação seja situação corrente nas gerações passadas e na presente, a percepção jurídica deste fenômeno está cada vez mais intensa, sobretudo em razão dos eventos climáticos e do esgotamento dos recursos não renováveis.

## **1. HISTÓRICO DA PREOCUPAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE**

O direito ambiental gradativamente vem ganhando destaque no cenário jurídico, com a

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito e Gestão Judiciária para Magistrados pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor universitário na Unisul e no Centro Universitário Barriga Verde – Unibave. E-mail: Juiz de Direito em Santa Catarina. klauss@tjsc.jus.br.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo CESUSC. Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis – Santa Catarina, Brasil. Professor universitário na Unisul. pedroza@pge.sc.gov.br

preocupação cada vez mais presente de que o meio ambiente equilibrado é indispensável à existência humana e de que a devastação e a degradação ambiental acabam por refletir diretamente no direito à vida.

Deve ser destacado, contudo, que a devastação do meio ambiente sempre foi circunstância bastante presente.

É de se lembrar que no decorrer dos séculos XIX e XX o meio ambiente sujeitava-se às regras de mercado, de modo que os avanços tecnológicos da Revolução Industrial e da pós-Revolução Industrial demandaram a intensa exploração da natureza pelo homem.

Nesse particular, Fernando dos Reis Condesso<sup>3</sup> destaca que:

o ambiente e a economia têm vivido em tensão e até mesmo em antagonismo. Com efeito, com o apoio dos poderes políticos, o mundo, confundindo a qualidade de vida, o bem-estar, com o consumismo, com a abundância de bens industriais e o desperdício, desde há mais de um século, que tem vivido uma civilização industrial, geradora de efeitos ecologicamente depredadores, socialmente injustos e economicamente inviáveis e insustentáveis.

Deveras, o poder econômico, na sua capacidade de determinar comportamentos alheios<sup>4</sup>, não raro se exhibe como fator preponderante em detrimento do meio ambiente.

A degradação não vem de hoje, mas de tempos passados, de modo que a única diferença entre o passado e o presente é a percepção jurídica deste fenômeno, cada vez mais frequente e intensa, decorrente dos eventos climáticos e do esgotamento dos recursos naturais.

A esse respeito, vale citar a teoria da sociedade de risco, desenvolvida por Ulrich Beck e citada por José Rubens Morato Leite<sup>5</sup>:

Nesse contexto, destaca-se a chamada teoria da sociedade de risco, desenvolvida por Ulrich Beck, segundo a qual a sociedade de risco, pós-industrial ou moderna, está a sofrer as consequências do modelo econômico adotado pela sociedade industrial (BECK, 1998). A sociedade de risco é caracterizada pelo permanente perigo de catástrofes ambientais, em face de seu contínuo e insustentável crescimento econômico. Verifica-se, de um lado, o agravamento dos problemas ambientais e a conscientização da existência desses riscos; de outro, observa-se a ineficácia de políticas de gestão ambiental, caracterizando o fenômeno da irresponsabilidade organizada.

No cenário brasileiro, diversos foram os atos e medidas editados visando à proteção do meio ambiente. Cabe citar o Código Civil de 1916, especialmente nos artigos 554 a 588, cuja

---

<sup>3</sup> CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2001. P. 72-73.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 82.

<sup>5</sup> LEITE, José Rubens Morato. Crise ambiental e sociedade de risco. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

matéria atualmente está contida nos artigos 1.277 a 1.313 do Código Civil de 2002 que trata dos direitos de vizinhança e às restrições ao uso da propriedade.

Em momento posterior, sobrevieram outras legislações protetivas ao meio ambiente, em contexto bem relatado por Édis Milaré<sup>6</sup>:

Nas décadas que seguiram à promulgação do Código Civil, começa a florescer a legislação tutelar do meio ambiente no Brasil, com o aparecimento dos primeiros diplomas legais, permeados por algumas regras específicas atinentes a fatores ambientais. Assim, por exemplo:

- Dec. 16.300, de 31.12.1923 (Regulamento do Departamento de Saúde Pública;
- Dec. 23.793, de 23.01.1934 (Código Florestal);
- Dec. 24.114, de 12.04.1934 (Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal);
- Dec. 24.643, de 10.07.1934 (Código de Águas);
- Dec.-lei 25, de 30.11.1937 (Patrimônio cultural: organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional);
- Dec.-lei 794, de 19.10.1938 (Código de Pesca);
- Dec.-lei 1.985, de 29.01.1940 (Código de Minas); e
- Dec.-lei 2.848, de 07.12.1990 (Código Penal).

Na década de 1960, com a emergência do movimento ecológico, novos textos legislativos aparecem, informados por normas mais diretamente dirigidas à prevenção e controle da degradação ambiental. Entre os mais importantes, alguns já revogados ou alterados, destacam-se:

- Lei 4.504, de 30.11.1964 (Estatuto da Terra);
- Lei 4.771, de 15.09.1965 (Código Florestal);
- Lei 5.197, de 03.01.1967 (Proteção à Fauna);
- Dec.-lei 221, de 28.02.1967 (Código de Pesca);
- Dec.-lei 227, de 28.02.1967 (Código de Mineração);
- Dec.-lei 248, de 28.02.1967 (Política Nacional de Saneamento Básico);
- Dec.-lei 303, de 28.02.1967 (Criação do Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental);
- Lei 5.318, de 26.09.1967 (Política Nacional de Saneamento), que revogou os Decretos-leis 248/67 e 303/67; e
- Lei 5.357, de 17.11.1967 (Estabelece penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançarem detritos em óleo em águas brasileiras).

A despeito do extenso feixe normativo acima elencado, é de se dizer que a proteção ao meio ambiente era realizada de maneira pouco perceptível, sobretudo para ainda permitir a exploração pelo homem e por deixar ao particular, malcontente com a violação de seus direitos, a

---

<sup>6</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 239-340.

faculdade de requerer a tutela do Estado.

Por isso, a iniciar pelo cenário internacional, somente a partir da década de 70, diante da premente preocupação com o crescimento econômico e a exploração desenfreada, foi realizada a Conferência de Estocolmo, na qual o meio ambiente foi destacado como bem a ser protegido da apropriação e do desenvolvimento predatório pelo homem<sup>7</sup>. Da mencionada conferência sobressaíram resultados, cabendo mencionar os principais deles, que consistem na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a aprovação da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano.

O programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) objetivou manter o estado do meio ambiente global sob contínuo monitoramento, com o propósito de melhorar a qualidade de vida da população sem comprometer os recursos e serviços ambientais das gerações futuras. A Declaração sobre o Meio Ambiente Humano consistiu na enumeração de princípios de comportamento e responsabilidade que deveriam pautar as decisões concernentes a questões ambientais.

Seguindo a tendência internacional, o Brasil, após a década de 80, passou a ter uma proteção ambiental com viés globalizado, sobretudo porque, dentre fatores outros, houve a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), da Lei que introduziu no sistema jurídico a Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988 e da Lei que dispõe sobre sanções penais e administrativas para atos lesivos ao meio ambiente (Lei 9.605/98).

As mencionadas legislações demonstraram nítida preocupação com o meio ambiente como um todo, desde a criação de um sistema permeado por vários entes (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) até a previsão de mecanismos jurídicos para o combate de atos tendentes a degradar o meio ambiente, seja por meio de ações concretas (utilização da Ação Civil Pública para a defesa do meio ambiente), seja por meio de proibições abstratas gerais, ao prescrever que práticas atentatórias ao meio ambiente serão objeto de penalização criminal e administrativa, inclusive às pessoas jurídicas (Lei 9.605/98).

No mesmo viés de proteção global e diluída, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo exclusivamente ao meio ambiente (Capítulo VI), destacando o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e indispensável à sadia

---

<sup>7</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. 1.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 29.

qualidade de vida (artigo 225).

A respeito do equilíbrio almejado pelo Constituinte, oportuna é a lição de Paulo Affonso Leme Machado<sup>8</sup>:

O equilíbrio ecológico não significa uma permanente inalterabilidade das condições naturais. Contudo, a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia – populações, comunidades, ecossistemas e a biosfera – hão de ser buscadas intensamente pelo Poder Público, pela coletividade e por todas as pessoas.

O dispositivo sobredito deixa claro, ainda, que é dever do Poder Público e da coletividade defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Palavras outras, no atual cenário impõe-se a preservação não apenas para proteger a sadia qualidade de vida no presente, mas igualmente contemplando as futuras gerações.

A Constituição de 1988 consagrou aquilo que se denomina princípio da solidariedade intergeracional, que nas oportunas palavras de Édis Milaré<sup>9</sup>: “Este princípio busca assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma sustentável, dos recursos naturais. E assim sucessivamente, enquanto a família humana e o planeta Terra puderem coexistir pacificamente.”

A legislação internacional, contudo, desde muito antes, já considerava a necessidade de proteger a ecologia em prol das presentes e futuras gerações.

É o que constou do item 6 da Declaração ao Meio Ambiente<sup>10</sup>, descortinados a partir da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, no ano de 1972:

6. Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente mais de acordo com as necessidades e aspirações do homem. As perspectivas de elevar a qualidade do meio ambiente e de criar uma vida satisfatória são grandes. É preciso entusiasmo, mas, por outro lado, serenidade de ânimo, trabalho duro e sistemático. Para chegar à plenitude de sua liberdade dentro da natureza, e, em harmonia com ela, o homem deve aplicar seus conhecimentos para criar um meio ambiente melhor. A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na

---

<sup>8</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 152.

<sup>9</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 260.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 17 outubro 2016.

meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantém as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas.

Aliás, a Declaração de Estocolmo foi uma das bases nas quais se assentou o constituinte ao elaborar o artigo 225 da Constituição Federal, sobressaindo claramente a preocupação com o presente e com as futuras gerações.

Assim como outrora o Direito Constitucional esteve comprometido na afirmação dos valores liberais e sociais (valores à agenda constitucional), hoje a proteção e promoção do ambiente desponta como valor constitucional, de forma que se poderia falar em um “esverdear” da ordem jurídica<sup>11</sup>.

Tecidas essas considerações, observa-se a crescente atenção à legislação ambiental, tanto em nível nacional quanto internacional, haja vista o evidente conflito entre o desenvolvimento e a degradação do meio ambiente, sujeitando a atual população a possíveis catástrofes ambientais e a inquietações acerca do destino do ecossistema e da espécie humana, acaso medidas preventivas e repressivas para o presente, e também com vista para o futuro, não sejam adotadas.

## 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Na ordem jurídica interna, as constituições anteriores a 1988 não traziam em seu bojo qualquer disciplina a respeito do meio ambiente como um ecossistema global e difuso.

Contudo, com a vigência da Constituição de 1988, houve verdadeira revolução no que se refere ao meio ambiente, tendo a matéria se espalhado por diversos dispositivos no decorrer dos seus 250 artigos e, principalmente, passando a ser tratada de maneira global. Acerca dos benefícios da constitucionalização do meio ambiente, convém destacar os ensinamentos de Antônio Herman Benjamin<sup>12</sup>: “Mais do que um abstrato impacto político e moral, a constitucionalização do ambiente traz consigo benefícios variados e de diversas ordens, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re)organização do relacionamento do ser humano com a natureza.”

A despeito da previsão em diversos artigos, os mais expressivos dispositivos sobre direito

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 89.



ambiental estão plasmados nos artigos 170, inc. VI, e no artigo 225 da citada Constituição.

O artigo 170, inc. VI<sup>13</sup>, coloca, paralelamente ao direito ao desenvolvimento, a preocupação com o meio ambiente, de modo a não mais se admitir a evolução desenfreada da ordem econômica com menoscabo ao meio ambiente.

Ressai dessa dinâmica a clara opção do constituinte pelo limite à livre iniciativa, ao colocar o meio ambiente como um dos princípios a serem observados pela ordem econômica.

O artigo 225<sup>14</sup>, por sua vez, ocupando um capítulo próprio, contempla uma série de preocupações com o ecossistema, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo e enumerando diversas diretrizes com o propósito de manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conquanto se trate de apenas um artigo, exsurge de clareza meridiana a extensa amplitude normativa, compreendendo, na ponderada lição de José Afonso da Silva<sup>15</sup>, três conjuntos de

---

<sup>13</sup> Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

<sup>14</sup> Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 54.

normas diferentes dentro do dispositivo. A primeira delas é encontrada no *caput*, em que é prevista a norma-matriz, que substancialmente revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O segundo grupo encontra-se no § 1º e seus incisos, que prescrevem os instrumentos de garantia da efetividade do direito anunciado no *caput*. E o terceiro, finalmente, constitui-se de um conjunto de determinações a grupos particulares, em relação a objetos e setores, referidos nos §§ 2º a 6º.

O preceptivo sobredito, ao estabelecer um conjunto de princípios e regras, em atenção igualmente às legislações e convenções internacionais, erigiu o meio ambiente à qualidade de direito fundamental, de modo que a proteção ao ecossistema deve ocorrer da maneira mais ampla possível, o que implica na necessidade de proteção do meio ambiente por meio de normas penais, civis, processuais e administrativas<sup>16</sup>.

Daí que, apesar de o meio ambiente não estar inserido no capítulo relativo aos direitos e garantias individuais e coletivos, não se afasta seu caráter fundamental, máxime porque da leitura dos preceitos constitucionais chega-se à consagração de uma política ambiental e de um dever jurídico constitucional atribuído ao Estado, significando inequivocamente se tratar de um direito fundamental do homem<sup>17</sup>.

José Adércio Leite Sampaio elucida que os direitos fundamentais estão sempre ligados à noção de direitos humanos básicos do indivíduo. Sob um ponto de vista dogmático, poder-se-ia falar em um núcleo de direitos e garantias axiologicamente afetados como indispensáveis à vida humana<sup>18</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar os dispositivos relativos ao meio ambiente, caminha na mesma direção<sup>19</sup>:

[...] O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as

<sup>16</sup> AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 24.

<sup>17</sup> AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 92-93.

<sup>18</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25-28.

<sup>19</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/10/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822164%2ENUMER%2E+OU+22164%2EACMS%2E%29+%28%28CELSE+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSE+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSE+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSE+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/glyzteo>>. Acesso em: 17 outubro 2016.

liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Fato é que após as discussões internacionais, a iniciar por Estocolmo, e a conscientização global acerca da necessidade de proteção, o meio ambiente passou a ser tratado, gradativamente, como uma questão educacional, a fim de incutir nas pessoas novos conceitos sobre a necessidade de preservação do ecossistema.

Aliás, a educação ambiental foi materializada em Lei (n. 9.795/1999), estabelecendo o artigo 1º da citada legislação que<sup>20</sup>:

Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Disso erige que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que alçou o meio ambiente à qualidade de direito fundamental, impôs ao Estado e à coletividade a obrigação de proteção, o que no atual contexto histórico reflete até mesmo uma questão de educação ambiental.

### **3. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL**

O direito ambiental, como dito alhures, foi alçado à condição de direito fundamental, sendo dever do Estado e de toda a coletividade protegê-lo.

Nessa intelecção, é cediço que os direitos fundamentais constituem conquistas do cidadão e, justamente por isso, uma vez reconhecidos, ocupam posição de superioridade e adquirem característica de intangibilidade, especialmente quanto à impossibilidade de retrocessão, sob pena de afastamento do ideal de segurança jurídica e de efetivação da proteção eficiente que deve derivar da Constituição Federal.

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei Ordinária nº 9.795, de 22 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm)>. Acesso em: 25 outubro 2016.

No ponto, valiosas são as ponderações de José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>21</sup>

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>22</sup>, a humanidade evolui na perspectiva de ampliação e salvaguarda da dignidade da pessoa humana, cristalizando a ideia de um “patrimônio político-jurídico” ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para aquém do qual não se deve retroceder.

Conforme Luigi Ferrajoli<sup>23</sup>, se é certo que os direitos fundamentais são a base da igualdade e se imputam a cada um como fragmentos de soberania e limites e vínculos aos poderes políticos da maioria, nenhuma maioria deverá ter o poder de reduzi-los ou suprimi-los, pois não pertencem à maioria, mas às pessoas naturais que são seus titulares.

Disso resulta que, em se tratando de direitos fundamentais, os cidadãos não podem ser desalijados das conquistas já incorporadas, por se comporem um núcleo essencial do ser humano e, por isso mesmo, intangível.

A esse respeito discorre Ingo Wolfgang Sarlet<sup>24</sup>:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do

<sup>21</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320-322.

<sup>22</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 196.

<sup>23</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría Del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 89-90.

<sup>24</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Vale acrescentar que a esfera intangível diz respeito à impossibilidade de supressão dos direitos fundamentais já reconhecidos, de modo que não se proíbe a interferência nos direitos fundamentais visando à ampliação ou à concessão de maiores garantias aos cidadãos.

A despeito da ausência de previsão legal, a vedação ao retrocesso, denominada até mesmo de princípio pela doutrina, deflui do ordenamento constitucional, em especial da tríade formada pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito e pela coisa julgada e em razão da própria dignidade da pessoa humana.

Aliás, para Luis Roberto Barroso<sup>25</sup>, o mencionado princípio decorreria do sistema jurídico constitucional, na medida em que a lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, institui determinado direito que se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e, dessa forma, não pode ser absolutamente suprimido.

Assim, a proteção ao meio ambiente deita raízes na constituição e desvela-se direito fundamental de todos os cidadãos, razão pela qual não pode sofrer retroação por parte de lei infraconstitucional ou mesmo emenda constitucional, sob pena de malferimento de cláusula pétrea, que redundaria em evidente menoscabo ao avanço ecológico e em nítida inconstitucionalidade.

Uma leitura histórica e a atual proteção ambiental, inclusive com sua constitucionalização, também impede o retrocesso por meio de decisões judiciais. Ou seja, o Poder Judiciário, ao interpretar a constituição, deve observar a existência de um mínimo existencial voltado à defesa do meio ambiente e declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei que caracterize retrocesso em termos ecológicos.

A despeito do entendimento acima esposado, é cediço que o direito ambiental se consubstancia em apenas um dos diversos direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal. E, nessa linha de raciocínio, é possível que determinada lei infraconstitucional regulamente outros direitos fundamentais em detrimento do meio ambiente.

Cabe salientar, por relevante, que os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, fundamento do qual se aviva a possibilidade de a lei infraconstitucional

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

regulamentar outros direitos fundamentais sem a salvaguarda do ecossistema.

Sobre a inexistência de direitos fundamentais absolutos, já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup>:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Daí que teoricamente é possível a interpretação no sentido de que direitos fundamentais outros podem se sobrepor ao direito ao meio ambiente. Essa ideia vem se tornando patente na doutrina, que tem se manifestado de maneira divergente em relação à aplicabilidade da proibição de retrocesso, especialmente se ela incide em todo ou qualquer caso, ou se é possível a sua preterição em determinadas situações.

São, aliás, as palavras de José Rubens Morato Leite *et al*<sup>27</sup>:

Debate interessante pode ser desenvolvido sobre o caráter absoluto ou relativo de um princípio de proibição de retrocesso socioambiental no Brasil. Embora sua construção no direito internacional dos humanos proponha uma orientação que favorece sua relatividade (HACHEZ, 2012, p. 513-517), sua associação no Brasil a um núcleo de deveres conectados com o que se define como um mínimo existencial ecológico coloca grandes dificuldades de se admitir ponderação sobre o que é indispensável, ineliminável e condição para o desenvolvimento da vida como são, v.g, os processos essenciais. Nesse caso, se uma resposta segura no sentido do caráter absoluto desse imperativo pode não ser possível no Brasil, igualmente difícil seria sustentar a admissão do retorno por meio de compensações aos níveis de proteção perdidos, senão por meio de argumentos de elevada imperatividade, e desde que não afetassem em hipótese alguma, o núcleo do que se define como mínimo por meio dos direitos fundamentais.

Assim, o debate sobre o caráter absoluto ou relativo do meio ambiente tem instigado a doutrina, sobretudo porque se reconhece a dificuldade em se ponderar aquilo que é indispensável.

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 17 outubro 2016.

<sup>27</sup> Leite. José Rubens Morato *et al*. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

Entretanto, valiosa é a lição de Marcelo Buzaglo Dantas<sup>28</sup>:

À vista de tudo isso, pode-se dizer, sem receio de errar, que o princípio da proibição de retrocesso ecológico nada mais é do que uma solução encontrada pela doutrina como forma de orientar o Poder Judiciário a resolver casos de colisão de princípios fundamentais em favor da proteção ao meio ambiente. De fato, admitindo uma intervenção alta no princípio da separação dos poderes, os adeptos da aludida tese, invocando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, defendem que qualquer regra jurídica que venha a diminuir os padrões de proteção ambiental existentes é de ser declarada inconstitucional, independentemente do direito que aquela visa a tutelar.

Trata-se, a nosso sentir, de um equívoco, pois parte-se do pressuposto de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve prevalecer sempre, não importando qual o direito que se encontra em colisão e que é protegido pela nova regra.

O que deve ocorrer, em situações como as que tais, é inicialmente a tentativa de harmonização entre os direitos em conflito, o que pode ocorrer através da invalidação de apenas parte do diploma normativo, por exemplo. Não sendo esta possível, parte-se para o sopesamento, aplicando-se a máxima da proporcionalidade, em suas três dimensões, concluindo-se pela prevalência de um direito sobre o outro. Os casos de impasse são resolvidos discricionariamente, mediante argumentação. Ao final, chega-se à solução para a hipótese, mediante a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, no caso concreto.

Sendo assim, é bem possível que, em alguns casos, o teste da proporcionalidade seja resolvido em favor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que a lei que adote padrões menos restritivos de proteção ambiental deva ser declarada inconstitucional.

Isso não quer dizer, contudo, que sempre será assim, como advogam os defensores da incidência total e irrestrita do princípio da proibição de retrocesso ecológico. Entender o contrário equivale, a nosso sentir, a simplesmente ignorar a realidade, adotando-se a máxima da existência de um direito fundamental absoluto, que sempre deve prevalecer quando colide com qualquer outro, o que, como dito e repetido ao longo deste trabalho, não é de se admitir.

Assim sendo e mantendo-se a coerência, pode-se afirmar que haverá casos em que a colisão será resolvida em favor de outros direitos fundamentais, como a vida, a saúde, o trabalho, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento econômico, a propriedade, etc. Para tanto, basta que a solução decorrente do teste da proporcionalidade penda em favor daqueles direitos e não da proteção ambiental. Nestes casos, a lei que restrinja a tutela do meio ambiente em relação a outros atos normativos outrora em vigor não será declarada inconstitucional. Em tais hipóteses, o princípio da proibição de retrocesso ecológico não incide, simplesmente porque a colisão não se resolveu em favor dos direitos fundamentais de que aquele emana.

Não se pode deixar de considerar, ademais, o risco de a adoção irrestrita do princípio em tela gerar um verdadeiro engessamento da atividade legislativa, com o reconhecimento da inconstitucionalidade (por afronta à proibição do retrocesso) de qualquer norma que adote padrões menos restritivos de proteção ambiental – independentemente do direito que a regra vise a prestigiar.

---

<sup>28</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 387-389. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

De fato, nos termos do posicionamento acima apontado, em se admitindo a conclusão peremptória no sentido de que proteção ao meio ambiente não pode sofrer qualquer retrocesso, estar-se-á engessando o ordenamento jurídico e criando um direito fundamental absoluto, o que na atual quadra histórica simplesmente não existe, já que possuem no plano abstrato o mesmo valor jurídico.

Nessa situação, a questão deve mesmo passar pela ponderação de interesses, de modo a possibilitar a edição de leis que eventualmente contenham viés de retrocesso ambiental e que não padeçam necessariamente de inconstitucionalidade material.

Caberá ao judiciário, se instado a tanto, o exercício de ponderação a fim de aferir se determinada lei que implique em retrocesso ambiental é ou não inconstitucional, podendo até mesmo afirmar a constitucionalidade, especialmente quando necessária a prevalência de outros direitos fundamentais.

Interpretação contrária, no sentido de obrigar o Poder Judiciário a declarar a inconstitucionalidade de toda e qualquer lei que implique em restrição ao meio ambiente, acarretaria nítida interferência entre os poderes, afetando a independência necessária à coexistência das instituições e desestruturando o modelo ideal de estrutura de Estado até então existente.

Por outro lado, não se pode olvidar que, ao admitir a ponderação entre direitos fundamentais e possibilitar casuisticamente que haja preterição ao meio ambiente, estar-se-á deixando de lado direitos do cidadão paulatinamente incorporados à sua esfera jurídica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito ambiental vem ganhando destaque no cenário jurídico, haja vista a preocupação cada vez mais presente de que o meio ambiente equilibrado é indispensável à existência humana e que a devastação e a degradação ambiental, outrora levadas a efeito em razão do desenvolvimento econômico, acabam por refletir diretamente no direito à vida.

Muito embora houvessem diversas legislações a respeito do meio ambiente, a proteção não era realizada de maneira global e difusa, mas sim de modo pouco perceptível, sobretudo para ainda permitir a exploração pelo homem e por deixar ao particular, malcontente com a violação de seus direitos, a faculdade de requerer a tutela do Estado.



Daí que somente a partir da década de 70, diante da preocupação com o crescimento econômico e a exploração desenfreada, foi realizada a Conferência de Estocolmo, na qual o meio ambiente foi destacado como bem a ser protegido da apropriação e do desenvolvimento predatório pelo homem.

Na esteira da tendência internacional, o Brasil, após a década de 80, passou a ter uma proteção ambiental com viés globalizado, com a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), da Lei da Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988 e da Lei que dispõe sobre sanções penais e administrativas para atos lesivos ao meio ambiente (Lei 9.605/98).

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo exclusivo ao meio ambiente (Capítulo VI), destacando o direito de todos ao ecossistema equilibrado, bem de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida (artigo 225), alçando-o à qualidade de direito fundamental e operando verdadeira revolução, tendo a matéria se espalhado por diversos dispositivos no decorrer dos seus 250 artigos e, principalmente, passando a ser tratada de maneira global.

Uma vez erigido à qualidade de direito fundamental, o meio ambiente passou a ocupar posição de superioridade e adquiriu característica de intangibilidade, especialmente quanto à impossibilidade de retrocessão, por compor um mínimo jurídico-político dos cidadãos e sob pena de supressão de uma proteção conquistada paulatinamente.

Contudo, não se pode olvidar que o direito ambiental se consubstancia em apenas um dos diversos direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal, de modo que é possível que determinada emenda constitucional regule outros direitos fundamentais em detrimento do meio ambiente. O fato se sustentaria no raciocínio de que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, na esteira inclusive do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Essa ideia vem encontrando amparo na doutrina, que tem se manifestado de maneira divergente em relação à aplicabilidade da proibição de retrocesso, especialmente se ela incide em todo ou qualquer caso, ou se é possível a sua preterição em determinadas situações.

Deste modo, se por um lado o direito ambiental é resultado de uma conquista dos cidadãos adquirida ao longo dos anos, incorporada à esfera dos direitos fundamentais e, por isso, imodificável por legislação posterior, também há entendimento no sentido de que não há direito

fundamental absoluto, razão porque seria possível novas legislações acarretarem retrocessão no que se refere à matéria ambiental, deste que o exercício da ponderação no caso concreto demonstre a necessidade de preponderância de outro direito fundamental.

Nessa alheta, caberá ao judiciário, se instado a tanto, o exercício de ponderação a fim de aferir se determinada lei que implique em retrocesso ambiental é ou não inconstitucional, podendo até mesmo afirmar a constitucionalidade, especialmente quando necessária a prevalência de outros direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 outubro 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 outubro 2016.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 25 outubro 2016.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 9.795, de 22 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm)>. Acesso em: 25 outubro 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283540%2EENUME%2E+OU+3540%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z98pcdm>>. Acesso em: 17 outubro 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/10/1995. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822164%2EENUME%2E+OU+22164%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/glyzteo>>. Acesso em: 17 outubro 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 17 outubro 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2001.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría Del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina

Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. Crise ambiental e sociedade de risco. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, José Rubens Morato et al. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. 1.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

# UMA PROGNOSE ECONÔMICA E SUSTENTÁVEL SOBRE A PROIBIÇÃO ABSOLUTA DE DEMOLIÇÃO DE BENS TOMBADOS

Marcelo Mendes<sup>1</sup>

Zany Estael Leite Júnior<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A noção de patrimônio cultural está cada dia mais presente na sociedade brasileira, e tem se revelado um assunto recorrente e de destaque nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Os casos, multicitados na imprensa, da Ladeira da Barra, em Salvador, e a Ponte Hercílio Luz, em Florianópolis, são exemplos de bens tombados que representam o patrimônio histórico nacional, e servem como paradigmas para fins de exemplificação do tema proposto.

A partir da contextualização sobre a natureza jurídica do patrimônio cultural e de suas consequências legais, será introduzido o objeto desta pesquisa científica, que adotará a metodologia indutiva e as categorias, conceitos operacionais e referentes necessários à elaboração de um produto jurídico científico acadêmico.<sup>3</sup>

A dimensão constitucional da preservação do patrimônio cultural, como direito fundamental que é, assegurou constitucionalmente, por meio de cláusula pétrea, a proteção no presente e no futuro (intergeracional) da memória do povo brasileiro, e atribuiu responsabilidade também a toda a coletividade.

Em verdade, há uma preocupação com as gerações futuras, tanto quando se trata de meio ambiente e educação, quando se trata de direito à cultura, e tal preocupação, considerada por Georges Fradier ‘um sinal dos tempos’, não se restringe à preservação de monumentos e documentos históricos: vai além, volta-se à conscientização da necessidade de proteger as raízes

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Florianópolis – Santa Catarina, Brasil. Procurador do Estado de Santa Catarina. marcelo@pge.sc.gov.br

<sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público e Eleitoral pela Unisul. Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis – Santa Catarina, Brasil. zany@pge.sc.gov.br

<sup>3</sup> O presente artigo é composto conforme: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015, especialmente p. 165.

culturais.<sup>4</sup>

Quem teve a oportunidade de conhecer o memorial do holocausto em Miami/EUA sabe o quão é importante e sensível a materialização do passado, e a preservação do patrimônio histórico, e o enfoque deontológico para a memória mundial e intergeracional.<sup>5</sup>



A cultura, neste plano axiológico, ostenta uma postura fundamental, reconhecida pelo Legislador Constituinte como de valor capital relevante, desde a ditadura de Vargas, quando foi editada a Carta de 1937.

Os instrumentos de proteção e preservação ao patrimônio cultural, atualmente, estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, e também na legislação infra. Dentre eles, o tombamento que, como a seguir será abordado, tem procedimento pético, isto é, uma vez identificado o bem como de valor histórico, instaura-se um manto de intangibilidade, que impede o proprietário reformar, ou demolir.

É nesse contexto que o presente artigo científico pretende pesquisar como a memória do povo pode ser preservada, e buscar respostas para algumas questões dignas de análise: o direito fundamental à cultura deve considerar o valor econômico? É possível alterar os efeitos do

<sup>4</sup> FRADIER, Gorges. **As Mil e uma maravilhas do mundo**. *O Correio da UNESCO*, n. 08, out 80.

<sup>5</sup> O Memorial do Holocausto de Miami Beach está localizado na Meridian Avenue, n. 1933-1945 Miami Beach, FL 33139 e é dedicado às 6 milhões de vítimas do Holocausto. Foi encomendado em 1985 e executado por Kenneth Treister, escultor, que descreveu sua intenção como: "uma grande escultura ambiental... uma série de espaços ao ar livre em que o visitante é conduzido através de uma procissão de experiências visuais, históricas e emocionais com a esperança de que a totalidade da visita expressará, de alguma forma, a realidade do Holocausto". A imagem dominante é a grande mão de bronze de 42 pés de altura, a escultura do amor e angústia, que inclui um número de Auschwitz no antebraço e 130 figuras humanas lançadas em bronze em várias formas de angústia. Fonte: University of Minnesota. (Disponível em: <http://chgs.umn.edu/museum/memorials/miami/>, acesso em 16.jan.2016).

tombamento, dada a fundamentalidade do direito à cultura (cláusula pétrea), a partir de uma abordagem de outra Ciência que não a Jurídica?

Como introito, o artigo trará para o leitor uma breve contextualização sobre a natureza jurídica do patrimônio histórico e, em seguida, uma abordagem sobre a análise econômica e sustentável do Direito. Uma vez situados os planos de valores constitucionais, que traduzem a ideia ampla e globalizada do Direito (digo globalizada no sentido de ver a Ciência Jurídica conjuntamente com outros ramos da Ciência que não somente o Direito), de proteção ao meio ambiente e da análise econômica do direito, os efeitos do tombamento serão melhor compreendidos, por consequência da necessidade de se conciliar o desenvolvimento econômico com o sustentável. A temática ganha maior abrangência na medida em que a proteção dos bens culturais continua a ser intangível, porém não da forma como foi prevista na era da ditadura.

Ao final, o leitor, concordando ou não com as elucubrações aqui defendidas, que não pretendem exaurir o tema, poderá tirar as próprias conclusões e, sobretudo, colher elementos para formar, ou aperfeiçoar, sua convicção.

## **1. NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E A INTANGIBILIDADE DO TOMBAMENTO**

Seria muito prosaico, academicamente, iniciar o presente artigo, dizendo que este “trabalho científico tem por escopo...”

É lugar comum dizer, por ser uníssono na doutrina e jurisprudência, que o instituto do tombamento é um elemento constitucional do direito fundamental à cultura, e por isso tem natureza jurídica constitucional. Isso até o motorista do físico alemão Albert Einstein pode afirmar.

Conta a história que o renomado cientista, naturalizado americano, visitou diversas Universidades nos Estados Unidos para ministrar palestras. Nas reiteradas exposições, Einstein era repetitivo, sempre expunha a teoria da relatividade (fórmula “ $E = mc^2$ ”) de forma sistemática e sem aprofundá-la. E, na platéia, muito vigilante, sempre estava presente seu motorista.

Ao chegar na próxima cidade, Einstein foi acometido de forte desarranjo gastrointestinal e aventou no cancelamento da palestra. O fiel motorista, então, prontamente se colocou à disposição, e perguntou:

— Doutor, eles conhecem o senhor?

— Não, respondeu o renomado cientista.

— Então posso falar pelo senhor, pois já memorizei todos os temas.

Conhecendo a loquacidade do companheiro, Einstein consentiu. O motorista chegou ao local da palestra e expôs a teoria com todo o entusiasmo. O cientista, perplexo a tudo, assistia, maravilhado com a dicção, postura gestual e reprodução genuína de suas palavras.

Eis que, em meio à plateia, alguém levantou o braço. O motorista palestrante gelou, mas se manteve imperturbável. A questão foi de elevada complexidade, e então o palestrante, obviamente desconhecendo a resposta, foi hábil:

— Com todo o respeito, a sua pergunta se insere no que foi exposto em minha palestra, e tão é verdade, que convido meu motorista para respondê-la. Dito isso, apontou para Einstein no fundo da plateia.<sup>6</sup>

O estudo do instituto do tombamento, embora não esteja nas normas gerais do Direito, está compreendido dentre os principais temas de Direito Administrativo, notadamente pelo caráter jusfundamental.

A natureza jurídica do tombamento assim está conceituada, pois se trata de um dos instrumentos de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, e traz como principal efeito jurídico a transformação em interesse econômico dos valores contidos no bem, material ou imaterial, em interesse público, em função do interesse coletivo.<sup>7</sup>

Oportuno registrar que, não será aqui abordado o alcance da limitação ao exercício do direito de propriedade, nem sobre a aparente contradição entre os aspectos públicos (função social) e privados (direito individual) que gravitam em torno da propriedade, devido à delimitação do tema exposta na introdução. Pela mesma razão, igualmente, não tratarei da discussão doutrinária sobre a caracterização da natureza jurídica do tombamento, em que a doutrina diverge, ora definindo-o como limitação administrativa, ora como servidão administrativa.

As limitações à propriedade existem, vamos partir desta premissa, porque há um interesse público a ser protegido: “Ao especificar uma limitação administrativa o Estado não é titular de um direito específico, mas gestor de um interesse público indeclinável.”<sup>8</sup>

A jurisprudência tem definido o tombamento como um “...ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a

---

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.geometriaanalitica.com.br/artigos/einstein-e-seu-motorista.html>>, acesso em: 22.jan.2017.

<sup>7</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 125.

<sup>8</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de Bens Culturais**. p. 126.



destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico”<sup>9</sup>. A doutrina, em sua vez, o define como:

[...] o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico”. Numa visão eminentemente oriunda dos ditamos do Decreto-Lei 25/37, a autora ainda vincula o interesse público, quando da delimitação do que seja patrimônio cultural, a fatos ‘memoráveis’ da história, porém foi feliz quando relatou que o tombamento é um procedimento, e não somente um ato administrativo, “porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro de Tombo”<sup>10</sup>.

O tombamento acontece com o intuito de atendimento dos objetivos de conservação da coisa, com sua fisionomia característica e fruição cultural do bem. Sempre resulta da vontade expressa do Poder Público, manifestada por ato administrativo do Poder Executivo, caracterizada pelo sentimento afetivo de proteção de valores culturais. Tal característica específica protetiva confere ao tombamento natureza jurídica de instituto autônomo, pela finalidade própria de proteção do patrimônio cultural.<sup>11</sup>

Desde a Constituição de 1937, quando a noção tradicional de propriedade foi alterada, vigora no Brasil o princípio da proteção à cultura. O art. 134 estabeleceu a seguinte norma para proteção do patrimônio:

Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.<sup>12</sup>

A forma encontrada por Getúlio Vargas para proteger o patrimônio, no âmbito infra constitucional, e restringir o direito de propriedade, foi o tombamento, materializado no Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937 e, até então, estimado pela doutrina como:

[...] verdadeiro somatório das experiências e contribuições das elites, assimiladas ao longo de uma luta em favor da institucionalização da proteção ao patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, além de ter introduzido a prática da limitação dos direitos patrimoniais em função de interesses sociais sem a consequência necessária de indenizar.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0069.08.023127-2/001. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Publicado em 29.09.2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 01 mar.2017.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 151.

<sup>11</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 892.

<sup>12</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada em: 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>, acesso em: 20.jan.2017.

<sup>13</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 37.

A Constituição vigente inovou, tão somente, ao incluir a proteção aos bens de natureza imaterial e constitucionalizou outros institutos, de proteção do patrimônio cultural.

O direito à cultura está compreendido nos direitos de terceira geração<sup>14</sup>, ou como reformulou a doutrina, de terceira dimensão, que trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.<sup>15</sup>

A CRFB/88 previu o tombamento como um instrumento à disposição do direito fundamental à cultura, cujo objetivo é proteger o interesse público. Tal ato administrativo impõe ao proprietário da coisa tombada, seja ela móvel ou imóvel, a obrigação de conservação, proibindo-o de demolir, mutilar, destruir, ou ainda, reparar, pintar ou restaurar se prévia autorização do órgão competente, nos termos do art. 17 do Decreto Lei n. 24/37.

Vigora desta forma, no Brasil, a proibição absoluta, a intangibilidade, a incondicional petrificação sobre o bem tombado, de tal forma que, independentemente do custo econômico da conservação da coisa<sup>16</sup>, uma vez gravado com o timbre de tombamento, o proprietário terá de arcar com o custo decorrente.

Nos Estados Unidos da América, vigora semelhantemente aqui, a intangibilidade da propriedade cultural, conforme se denota da lição de Sherry Hutt, Caroline Meredith Blanco e Stan N. Harris:

*Protectable intangible property interests in the cultural property of tribes may exist in names of people, or be given to items, designs, and works of art, songs, and ceremonies, as well as reside in the ethnobiological information held by the tribe. The courts have recognized such interests, and on October 17, 2003, the 32nd General Conference of UNESCO voted to adopt the International*

---

<sup>14</sup> Há quem prefira, na doutrina, utilizar o termo 'dimensão', para evitar 'geração', pois "...não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais..." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45).

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 47.

<sup>16</sup> Aqui, precisamos acordar, para ter um conceito operacional definido, e serão citados 'bem' e 'coisa' como sinônimos, sem considerar a distinção presente na doutrina civilista, para a qual "...bem é tudo aquilo que é útil às pessoas...", portanto, suscetível de apropriação, enquanto que coisa é "...tudo o bem suscetível de avaliação econômica e apropriação pela pessoa". Coisa é uma espécie de bem, v.g.: a vida, a saúde, a liberdade não podem, de maneira nenhuma, ser auferidos economicamente. (FIÚZA, Cezar. **Direito Civil**: Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 171).

*Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, which seeks a means to preserve the intangible property of Native people throughout the world.*<sup>17</sup>

E aí, algumas questões se apresentam: se o valor a ser despendido para conservar o bem for superior ao valor do próprio bem, é justificável a proibição absoluta de demolição? Qual o valor dos direitos fundamentais a serem ponderados, quando a cultura abala a efetividade da saúde e educação, v. g.? O rígido efeito do tombamento é uma cláusula pétrea? Seria possível preservar a memória sem que necessariamente o bem tenha de ser intangível?

As respostas às indagações, certamente, não se esgotam neste modesto ensaio, nem se objetiva tamanha pretensão. Busca-se aqui, tão só, contribuir ao campo instigante do conhecimento, inclusive com os alheios à Ciência Jurídica, trazendo uma abordagem sistemática ao Direito, por meio da Ciência Econômica.

## 2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito é uma forma distinta de ver o direito positivado, e que tem ganhado espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, não só o aspecto econômico, como também o social, antropológico, político e outras ciências distintas do Direito, mas que com ela se interrelaciona.

É efeito da globalização científica, pode-se assim denominar, a conjugação de diversas ciências tomadas como relevantes para a tomada de uma decisão, que tenha impacto na sociedade, v. g., como a decisão judicial num processo coletivo, ou ainda, a decisão de um legislador a respeito de um projeto de lei relevante. Tal efeito está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo.

Por amostragem, é possível citar o requisito da transcendência, de admissibilidade para o recurso de revista (art. 896-A da CLT<sup>18</sup>) e a repercussão geral do recurso extraordinário (Art. 102, § 3º, da CF<sup>19</sup> e Art. 1.035 do CPC<sup>20</sup>).

---

<sup>17</sup> HUTT, Sherry; BLANCO, Caroline Meredith; HARRIS, Stan N. *Cultural Property Law. Cultural property law: a practitioner's guide to the management, protection, and preservation of heritage resources*. Second edition. Chicago: American Bar Association, 2016. p. 145.

<sup>18</sup> Art. 896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>, acesso em: 20.jan.2017).

<sup>19</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no

Ambos reclamos extraordinários, *lato sensu*, exigem, como requisito de admissibilidade a demonstração das questões relevantes, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Isto é, é preciso ir além da demonstração do direito, puramente.

Há uma preocupação clara do legislador de, para além de limitar a ascensão dos recursos extraordinários, proteger e sobretudo salvaguardar a saúde financeira da Nação. A propósito, a Fazenda Pública é o único sujeito processual que tem o recurso da suspensão de liminar (se é que se pode chamar de recurso) à disposição, e seus requisitos processuais, que é o que nos importa, são: para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.<sup>21</sup> Isto quer dizer, as ciências não convivem isoladamente, há inter-relacionamento científico.

Neste ritmo, Richard A. Posner deu o nome de ‘maximização da riqueza’ à doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial. Isto não quer significar, mero e equivocado, denodo à maximização da receita pecuniária, como um super critério financeiro, e reducionismo do Direito. A essência dessa abordagem repousa na estimativa de todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, para se obter um produto, ao final, e pode decidir o que é uma norma ou prática eficiente.<sup>22</sup>

Cotidianamente, fazemos uma análise de fatos para economizar tempo e evitar danos, e estes custos traduzem uma estimativa mínima do valor do tempo ou de ter evitado um dano para nós. A análise econômica do direito não é diferente, ao recomendar que essas técnicas sejam usadas, tanto quanto possível, para possibilitar uma análise de custo benefício das condutas regulamentadas pelas leis.

A análise econômica do direito é aplicável tanto ao ramo privado quanto ao público, de

---

caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada em: 5 de outubro de 1988, acesso em: 20.jan.2017).

<sup>20</sup> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada em: 5 de outubro de 1988, acesso em: 20.jan.2017).

<sup>21</sup> Dentre outras referências legislativas: art. 4º da Lei n. 8.437/92. (BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm)>, acesso em: 20.jan.2017).

<sup>22</sup> POSNER, Richard A. **A economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XIV (prefácio). O destaque, neste contexto, é necessário deixar claro, vai para a utilização dos termos ‘econômico’ e ‘eficiente’ como sinônimos, esquecendo que, tecnicamente, para a Ciência da Economia, ambas ostentam conceitos distintos. Também não se adotará, neste ensaio, a ‘maximização da riqueza’ como um componente do valor social, porque o objetivo aqui é outro (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 356).

contratos e responsabilidade civil, a condutas da lei antitruste e regulamentação de serviços públicos, como também o direito penal, que há muito fora analisado por Jeremy Bentham.<sup>23</sup>

Qual a utilidade de conhecer a análise econômica do direito? Um exemplo prático e didático nos permite visualizar a justificativa desta pesquisa:

Foi nomeada uma comissão para examinar algumas reformas do direito penal. A comissão identificou certos crimes de colarinho branco (como, p. ex., apropriar-se indevidamente de dinheiro do empregador) que são, geralmente, cometidos depois de se fazer um cálculo racional do ganho em potencial e do risco de ser pego e punido. Atualmente, as pessoas condenadas por esses crimes cumprem um período na prisão. Depois de ouvir extensos depoimentos, muitos deles de economistas, a comissão decide que uma multa em dinheiro, e não o encarceramento, é a punição apropriada para esses delitos penais. A comissão classifica cada delito penal de acordo com a gravidade e determina que o valor da multa deveria aumentar com a gravidade do crime; a questão, porém, é: aumentar quanto?<sup>24</sup>

A comissão concluiu, então, que certos crimes de colarinho branco só ocorrem se o ganho esperado pelo criminoso excede o custo que ele espera, isto é, a depender de dois fatores: a probabilidade de ser preso e condenado, e o tamanho da pena. A resultante desta equação, é possível definir, segundo Cooter, pelo custo esperado do crime para o criminoso, como o produto da probabilidade, e o tamanho da punição.

A microeconomia tem fundamento neste mesmo sentido: os lucros são definidos entre a receita total e o custo total da produção.

Os indivíduos são maximizadores racionais de sua própria satisfação, em todos os setores da vida, mas também na eficiência econômica, como conceito ético quanto científico. E daí vem a expressão economia normativa, que quer significar que "...uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem estar social..."<sup>25</sup> A propósito da Teoria da Eficiência do Direito, Richard A. Posner leciona:

*Lo que podríamos llamar la teoría de la eficiencia del derecho común no es que toda doctrina y decisión del derecho común sea eficiente. Eso sería muy improbable, dada la dificultad de las cuestiones a las que se enfrenta el derecho y la naturaleza de los incentivos de los jueces. La teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para la maximización de las riquezas de la sociedad. El derecho estatutario y el constitucional, por oposición a los campos del derecho común, tienen menores probabilidades de promover la eficiencia, pero aun ellos, como veremos más adelante, están impregnados de preocupaciones económicas e iluminados por el análisis económico. Tal análisis es útil también para explicar las características institucionales del*

<sup>23</sup> A este propósito, MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

<sup>24</sup> COOTER, Robert. **Direito & economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 27.

<sup>25</sup> POSNER, Richard A. **A economia da Justiça**. p. 59.

*sistema legal, como el papel del precedente y la repartición de las responsabilidades del cumplimiento forzoso de la ley entre las personas privadas y las dependências públicas.*<sup>26</sup>

A identificação da ciência econômica com o utilitarismo é comum, por conta da tendência de se usar o termo ‘utilidade’ como sinônimo de bem-estar, como na expressão ‘maximização da utilidade’, e também pelo fato de muitos teóricos utilitaristas serem importantes economistas, como Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

O Direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e a ação eficiente a ser adotada por uma pessoa depende da que outro agente econômico escolher. A análise econômica do direito é útil, se supormos que ela demonstra quanta riqueza se perde quando se escolhe algum outro valor.

### **3. A PROGNOSE ECONÔMICA DO TOMBAMENTO**

O que se examina neste ensaio não é apenas a aplicação pura de uma teoria, ou muito menos o senso de justiça econômica à consideração do custo de determinando instrumento protetivo do direito fundamental à cultura. O que se pretende, nesta pesquisa é perquirir sobre os limites do direito fundamental à cultura, que deve ter eficácia plena e exigido do destinatário da norma, por se tratar de direito de segunda dimensão, mas sobretudo, ponderar o valor econômico atrelado a estes direitos.

O que se pretende, nesta secção, é essencialmente prospectivo: despertar no leitor a desconfiança em relação ao sistema petrificado do tombamento. De outra forma, o custo benefício da proibição absoluta à demolição do bem tombado é eficiente?

É de conhecimento comum, que a utilização do tombamento como mecanismo de preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro permite o acesso de todos à cultura, substancializando verdadeiro instrumento de tutela do meio ambiente. O tombamento, assim, é um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: PCE, 2007. p. 58.

<sup>27</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70033392853. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgado em 10.11.2010. Disponível em:

Algumas questões se apresentam relevantes, neste momento, notadamente quando se passa por um período de recesso econômico, e também por se tratar de aspecto de alto relevo no cenário nacional: qual o valor de um direito fundamental? Quanto é possível investir em cultura, sem prejudicar a efetivação de outros direitos fundamentais? A intangibilidade da lei posta afigura-se sustentável?

É de conhecimento comum que o direito à cultura ostenta *status* de fundamental, pois embora não catalogado, não situado no título II da CF (Dos Direitos e Garantias Fundamentais, é classificado doutrinariamente como direito fundamental de terceira dimensão. O que dizer, então, dos instrumentos de proteção do patrimônio cultura? São eles também reservados do alcance do Poder Reformador? Pode uma lei posterior alterar o DL n. 25/37 e permitir a demolição de bem tombado?

Na capital do Estado de Santa Catarina há o famoso monumento denominado Ponte Hercílio Luz - PHL, um cartão postal conhecido internacionalmente, construída na década de 1920, pelas empresas associadas Byington & Sundstron.

A inauguração foi em 13 de maio de 1926, e desde 1982, está interdita e passou por inúmeros processos de manutenção e reformas, e com grave risco de colapso e desmoronamento<sup>28</sup>. Em 1992, o então Prefeito de Florianópolis, Antônio Bulcão Viana, decretou seu tombamento<sup>29</sup>, e a declarou como patrimônio histórico, artístico e arquitetônico do Município de Florianópolis.

Foram tantos contratos de reformas e manutenções da PHJ, e tantos recursos públicos dispendidos, que o Tribunal de Contas do Estado e o Ministério Público de Contas instauraram diversos procedimentos investigatórios. No mais recente, a representação n. 015/00524643, o MPC relatou que, desde 1990 até 2015, o Deinfra firmou 16 instrumentos de contrato, com o objeto: serviços de conservação, manutenção, reforma, obras de engenharia, restauração, reabilitação, supervisão, fiscalização, execução e realização de projetos de engenharia, entre outros, que somados, perfazem a quantia superior a R\$ 445 milhões.<sup>30</sup>

---

<www.tjrs.jus.br>. Acesso em 01.mar.2017.

<sup>28</sup> Nas informações prestadas pelo Departamento Estadual de Infraestrutura do Estado de Santa Catarina - Deinfra, nos autos do Mandado de Segurança n. 0122383-15.2015.8.24.0000, o Diretor de Obras registrou, no dia 04 de maio de 2015, que a ponte pode cair a qualquer momento (ofício n. 146/2015). Também na entrevista concedida à emissora TVCOM, no dia 01.07.2014, o Diretor de Planejamento da Construtora Espaço Aberto, perguntado se hoje, a PHL corre risco de cair, respondeu: "Enquanto ela não estiver estabilizada, ela corre risco sim."

<sup>29</sup> FLORIANÓPOLIS. Decreto Municipal n.º 637, de 04 de agosto de 1992.

<sup>30</sup> A consulta pública à representação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas n. 015/00524643 está disponível em: <

A obrigação estadual em conservar o bem tombado está, como visto acima, prevista no art. 17 do DL n. 25/37, e caso os gestores públicos descumpram o mandamento, estarão sujeitos à improbidade administrativa. Independentemente da questão em torno da ineficiência da gestão pública, que não é objeto do presente ensaio, não há opção para os governantes senão direcionar recursos públicos para a manutenção da PHL. Veja-se, a propósito, o que o STJ tem sedimentado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNÇÃO MEMORATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE. TOMBAMENTO GLOBAL. RESTAURAÇÃO DE IMÓVEIS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA HUMANIDADE. OMISSÃO NA PROTEÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. ARTS. 17 E 19 DO DECRETO-LEI 25/1937. [...] 5. Vigora no Brasil proibição legal absoluta de destruição, demolição e mutilação de bens tombados (art. 17, caput, do Decreto-lei 25/1937), vale dizer, um regime de preservação plena, universal e perpétua. Aos que violam a proibição legal, além dos remédios e cominações previstos no Decreto 25/1937 e da responsabilidade civil objetiva e solidária, aplicam-se sanções criminais e, no caso de contribuição ativa ou passiva de servidor público, penas disciplinares e as previstas na Lei da Improbidade Administrativa. [...] (REsp 1359534/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/10/2016).

É conclusão singela dizer que, com valor de R\$ 445 milhões, seria possível construir estruturas semelhantes, e até mesmo uma ponte de mesmas características<sup>31</sup>. Tudo isto seria sim possível, inclusive mantendo a mesma estética do bem, peculiaridades estruturais, propriedades e de melhor qualidade, se não fosse a proibição absoluta de demolição de bem tombado e a obrigação incondicional de conservação.

É, entretanto, possível ver de outra forma.

O procedimento do tombamento, com seus efeitos jurídicos enclausuradores, previstos no DL 25, contribui decisivamente para a obrigação de investir recursos públicos em bens que demandam elevados custos para conservação. E aqui emerge a questão capital: a proibição total de demolição traz custo benefício que a sociedade espera? A eficiência e o resultado obtidos por tamanho investimento justificam a proibição total de demolir?

Ao lado do direito fundamental à cultura, tão ou mais fundamental, estão a saúde, educação e segurança pública que, da mesma forma, demandam elevados investimentos públicos e estão a salvo de emendas constitucionais. Por que não poder demolir e reconstruir outra ponte, idêntica?

---

<http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php>, acesso em 02.fev.2017.

<sup>31</sup> A construção da Ponte Anita Garibaldi, recém inaugurada na cidade de Laguna/SC, custou R\$ 597 mi ao DNITT, e sua extensão de 2.815 metros, com quatro pistas e acostamento, se comparada aos R\$ 445 mi da PHL e sua extensão de 821 metros de comprimento (fonte: [www.pontedelaguna.com.br](http://www.pontedelaguna.com.br), acesso em 20.fev.2017).



Se não há a violação ao núcleo do direito fundamental à cultura, é possível e com razoável segurança estabelecer um modelo de tombamento diverso do vigente, por meio de lei que, preservando o patrimônio histórico, considere a racionalidade econômica e sustentável, a teor da seguinte orientação:

[... na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito.<sup>32</sup>

Não se desconhece que, por meio de tombamento ou de outras formas de intervenção administrativa e judicial, a atuação do Estado protege os monumentos históricos, conjuntos e locais de interesse, com suas peculiares marcas arquitetônicas, “...mesmo que modestas e carentes de ostentação, assim como seus rituais, manifestações culturais, raízes etnológicas ou antropológicas, e até espaços de indignidade e desumanidade - do calabouço à senzala, da sala de tortura ao campo de concentração.”<sup>33</sup>

É preciso, todavia, ter outro olhar para a preservação do patrimônio, que não somente a do direito. Tenha-se, *v. g.*, como parâmetro o memorial do holocausto, onde a memória da desumanidade foi materializada, sem que necessariamente haja o gravame da absoluta proibição de demolição, e atraia o consequente e oneroso ônus financeiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tombamento, como procedimento administrativo que é, visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico.

As restrições, totais ou parciais, aos bens de qualquer natureza, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico, decorrem dos ditames do Decreto-Lei 25/37.

---

<sup>32</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 49/50.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1293608/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>, acesso em: 26.mar.2017.

Há inegável interesse público, em delimitar o patrimônio cultural, os fatos ‘memoráveis’ da história, e formalizar o ato com a inscrição no Livro de Tombo.

O tombamento acontece com o intuito de atendimento dos objetivos de conservação da coisa, com sua fisionomia característica e fruição cultural do bem, e se caracteriza pelo sentimento afetivo de proteção de valores culturais.

A dimensão jurídica do direito fundamental à cultura, e a proibição do retrocesso<sup>34</sup>, poderiam nos levar a conclusão que o instrumento de proteção aos bens culturais, pela mesma razão, é considerado cláusula pétrea e, por isso, a obrigação de conservar, independentemente do custo benefício e maximização da eficiência administrativa, é incondicional e não pode ser alterada por lei posterior. A pesquisa aqui desenvolvida, todavia, não teve esse espectro e, em outra oportunidade científica, com maior densidade investigativa, abordarei o tema.

Limitei o objeto científico à análise, ao confronto, entre os custos e benefícios e a forma e consequências jurídicas do tombamento, e se o modelo atualmente vigente permite se alcançar a eficiência (máxima utilidade).

O exemplo citado no tópico anterior é bastante elucidativo. Os expressivos valores despendidos para a conservação da PHL seriam possível construir uma réplica, com idênticas características, estrutura e, sobretudo, com eficiência (útil para a mobilidade urbana). A jurisprudência do STJ é rigorosa a despeito da proibição total de demolição de bens tombados, que radicaliza:

[...] nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir. [...] <sup>35</sup>

É possível concluir, ou ao menos traçar um norte, a partir dos elementos aqui trazidos, no seguinte sentido: a proibição absoluta de demolir não é o modelo administrativo eficiente, e por vezes atrai custo benefício demasiado à sociedade. É possível, também, dizer que a permissão aberta à demolição dos bens tombados não é adequada, pois além de vulnerar o direito

---

<sup>34</sup> “...por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Com efeito, é como princípio implícito que a proibição de retrocesso foi consagrada no direito constitucional comparado e brasileiro.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p. 445).

<sup>35</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1293608/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, acesso em: 26.mar.2017.

fundamental à cultura, não considerará a situação fática dos bens tombados, que não necessariamente são idênticas à da PHL.

De outro lado, o absolutismo da proibição do art. 17 do DL se revela reprovável, principalmente quando se analisa o ordenamento jurídico, como um todo, na exata medida em que nem mesmo o direito à vida é intangível, e o STF tem repudiado absolutismos:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO [...] COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.<sup>36</sup>

Entretanto, conforme Blackstone, a finalidade última da justiça é assegurar os direitos fundamentais. Com isso pretendia significar, ao que parece, nada mais que as condições para a maximização do bem-estar social, no sentido de caracterizar o direito como ‘ciência racional’.<sup>37</sup>

Sabe-se que a moral não corrige o direito e, por este princípio dogmático, não pretendo que a análise econômica do direito possa ‘corrigir’, se é que assim pode se concluir, a previsão normativa de proibição absoluta de demolir. Entretanto, é possível investir na pesquisa em torno da revisão legislativa do modelo de tombamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Se a alteração legislativa promoverá “maior felicidade”, ou utilidade, para maior número de pessoas, como fator determinante para atestar a viabilidade e eficiência da proposta, isto também só o tempo dirá.

Para finalizar a conclusão, se todo aquele que se propuser a ler este artigo, e se debruçar sobre ele com o espírito e mente abertos, além de disposto a formular críticas e sugestões que

---

<sup>36</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 23452, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 12-05-2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em: 26.mar.2017.

<sup>37</sup> William Blackstone foi nomeado o primeiro catedrático de direito inglês em Oxford, e publicou, em 1765, dividido em quatro volumes, o clássico *Commentaries on the Laws of England*. (citado por: POSNER, Richard A. **A economia da Justiça**. p. 17).

julgar oportunas, serei profundamente grato. E se este artigo tiver logrado provocar a reflexão, considero ter alcançado o objetivo.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

CASTRO, Sonia Rabello de. **O Estado na preservação de Bens Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

COOTER, Robert. **Direito & economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

DI PIETRO, Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FIÚZA, Cezar. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRADIER, Gorges. **As Mil e uma maravilhas do mundo**. O Correio da UNESCO, n. 08, out 80.

HUTT, Sherry; BLANCO, Caroline Meredith; HARRIS, Stan N. **Cultural Property Law: a practitioner's guide to the management, protection, and preservation of heritage resources**. Second edition. Chicago: American Bar Association, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI 1.0069.08.023127-2/001. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Julgado em 18.09.2008. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 01.mar.2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

POSNER, Richard A. **A economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. ***El análisis económico del derecho***. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: PCE, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC N° 70033392853. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgado em 10.11.2010. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em: 01.mar.2014.

ROEMER, Andrés. ***Introducción al análisis económico del derecho***. Tradução de José Luis Pérez Hernández. Primeira edición. México: D.R.O., 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais***: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

University of Minnesota. Disponível em: <http://chgs.umn.edu/museum/memorials/miami/>, acesso em 16.jan.2016.

## ECOLOGIA E ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE

Marcus Alexsander Dexheimer<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A existência do Estado é justificada para assegurar a proteção de um certo núcleo mínimo de direitos ao ser humano, os direitos fundamentais. Esse conjunto de direitos evoluiu paulatinamente ao longo do tempo e, atualmente, diante da flagrante situação de vulnerabilidade ambiental, abrange o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Esse direito só foi recentemente compreendido como fundamental porque é contemporânea a consciência de que o ser humano possui seu modo de vida comprometido e sua própria sobrevivência ameaçada a longo prazo em razão da fragilidade ambiental planetária.

Exige-se, nesse contexto, um Estado que, na perspectiva ambiental, suporte o delicado equilíbrio entre assegurar a plena eficácia dos direitos encartados na Constituição e a garantia de que as futuras gerações também terão acesso a bens da vida essenciais à dignidade da pessoa humana.

Nesse panorama é que se elegeu o tema do presente trabalho, estabelecendo-se a hipótese de que a evolução da teoria da ecologia influencia na construção de um Estado apto a fazer frente às atuais demandas de natureza ambiental.

O artigo foi estruturado em três itens, sendo que os dois primeiros objetivam analisar a influência da ecologia profunda e da ecologia política sobre o Direito Ambiental, culminando no nascimento de uma concepção jurídica não propriamente biocêntrica, mas antropocêntrica alargada. O terceiro e último, por sua vez, evidencia que a teoria da ecologia – e por conseguinte o Direito Ambiental – acaba por influenciar a estruturação do Estado contemporâneo, o Estado de Direito do Ambiente.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se o método de abordagem indutivo e o

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil) e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), em regime de dupla titulação com a Universidad de Alicante (Espanha). Juiz de Direito no Poder Judiciário de Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: marcus.dexheimer@tjsc.jus.br

método de procedimento bibliográfico, empregando-se a técnica de pesquisa de documentação indireta.

## 1. ECOLOGIA E ECOLOGIA POLÍTICA

O ser humano vive com os seus semelhantes uma relação de convivência, de dependência e de conflito, contradição essa inerente à sua natureza gregária. Esses conflitos, que o direito busca regular, multiplicam-se e tornam-se mais complexos à medida que a sociedade se transforma. Além disso, o homem não trava relações somente com seus semelhantes, mas também se relaciona com o ambiente em que está inserido, estabelecendo conexões nem sempre reguláveis pelos ramos tradicionais do Direito.

Mas não é somente o conflito que se modifica qualitativa e quantitativamente. É a própria visão que o homem tem do conflito que também muda, tal como se modifica a concepção que o ser humano tem de si mesmo em relação ao universo. São diversas as ciências que proporcionam ferramentas para que esse exercício de autoconhecimento seja lapidado.

Uma delas é a ecologia, que exerce papel importante na compreensão de que

a Terra não é a adição de um planeta físico, mais a biosfera, mais a humanidade. A Terra é uma totalidade complexa física/biológica/antropológica, na qual a vida é uma emergência da história da Terra e o homem uma emergência da história da vida terrestre. A relação do homem com a natureza não pode ser concebida de forma redutora nem de forma separada<sup>2</sup>.

Segundo Kapra<sup>3</sup>,

quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes. [...] esses problemas precisam ser vistos, exatamente, como diferentes facetas de uma única crise, que é, em grande medida, uma crise de percepção.

No presente estudo, que vai procurar inter-relacionar ecologia e direito no contexto contemporâneo, é preciso ressaltar, de antemão, que a atual situação de alta vulnerabilidade ambiental não resulta do acaso, mas de uma postura do homem em relação ao ambiente.

Também é certo, por outro lado, que a preocupação ecológica constitui-se em fenômeno relativamente recente, decorrente do cenário contemporâneo (identificado a partir da segunda metade do século XX) de esgotamento de recursos naturais, processo este que foi alavancado pela

---

<sup>2</sup> MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 167.

<sup>3</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 23.

Revolução Industrial e culminado pela proliferação da sociedade de consumo.

A própria consciência ambiental, portanto, já surge antropocêntrica: as preocupações e concepções ecológicas só ganham folêgo com a ameaça de que a finitude de certos recursos representa um perigo ao modo de vida do ser humano.

De todo modo, não se pode negar que isso tudo resulta de uma postura de dominação do ser humano para com o mundo natural, “consolidada pela ciência moderna de inspiração cartesiana”<sup>4</sup>.

Hoje, contudo, essa posição fragmentada entre homem e natureza não mais se sustenta, tendo em vista que o atual estado de desenvolvimento científico e de disseminação tecnológica requer um novo parâmetro ético, capaz de romper com o antropocentrismo clássico<sup>5</sup>. Isso não significa, contudo, que o mundo é capaz de convergir de um extremo a outro, rumando a uma prática associada a ideias ecológicas radicais, mas que é possível condicionar a abordagem antropocêntrica a novos valores, de caráter mais holístico e menos fragmentário.

Para chegar a esse resultado, porém, há que se analisar dois aspectos inicialmente: a) surgimento da ecologia profunda como resposta à concepção clássica da relação homem-natureza; b) a ecologia política como ideal subjacente ao pensamento jurídico-político.

O termo ecologia foi cunhado em 1866 por Ernst Heinrich Hayek, biólogo e médico alemão, e pode ela ser entendida como a ciência que estuda as relações dos seres vivos entre si e com o seu meio físico<sup>6</sup>. Mas, em que pese essa definição inicial de caráter mais purista, a ecologia foi gradativamente criando vínculos com outros ramos da ciência, galgando novos parâmetros científicos e – ao superar os âmbitos restritos da visão de Hayek – tem sido pensada atualmente em uma concepção holística, “em que as relações no interior do ecossistema planetário são fortemente perturbadas pela espécie humana em detrimento do equilíbrio de toda a terra”<sup>7</sup>.

A expressão, contudo, ganhou novos contornos e novas acepções no decorrer do século XX, culminando, por exemplo, na dimensão proposta por Félix Guattari, que não se satisfaz com o viés meramente ambiental, mas inclui também no pensamento ecológico as dimensões social e mental. À articulação desses três registros fundamentais da ecologia (meio ambiente, relações

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 117.

<sup>6</sup> MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 130.

<sup>7</sup> MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. p. 131.



sociais e subjetividade humana) Guattari atribui a denominação ecosofia<sup>8</sup>.

Dentre as diversas concepções de ecologia que se desenvolveram, merece destaque a Ecologia Profunda, termo criado em 1973 por Arne Naess. Naess propôs uma nova abordagem ética para a questão ecológica, indicando que ser humano e natureza compõe uma mesma “comunidade moral”<sup>9</sup>. Essencialmente biocêntrica, essa visão é de difícil apropriação pelo Direito (um produto social e antropocêntrico por essência), mas serve de inspiração para suplantiar a concepção antropocêntrica clássica.

Sobre o surgimento da ecologia profunda, Kapra, defensor de uma nova concepção da relação entre homem e natureza, afirma:

A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de ‘uso’, à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.<sup>10</sup>

Menos inclinado a tal visão de mundo, Ost<sup>11</sup> assim a descreve:

[...] alguns defendem hoje uma inversão completa de perspectiva: não é a terra que pertence ao homem, é o homem que, pelo contrário, pertence à terra, como acreditavam os antigos. Esta tomada de consciência, que se reclama de *deep ecology* (ecologia radical) por oposição à *shallow ecology* (ou ambientalismo reformista), alimenta-se de um impulso romântico extraordinário de retorno à natureza, verdadeiro paraíso perdido, tão depressa adornado de todas as seduções da virgindade como da majestosidade do sagrado. À relação científica e manipuladora com a matéria, que é uma relação de distanciamento e de objetivação, substituiu-se uma atitude fusora de osmose – simultaneamente culto da vida e canto poético, naturalização do corpo e personalização da natureza. É assim reactivada a mais antiga e mais poderosa de todas as fantasias: o desejo de retorno às origens.

Em seguida, Ost ressalta que esta concepção desencadeará em um regime jurídico que, por exemplo, atribui personalidade à natureza, com a substituição do modelo natureza-objeto para o modelo natureza-sujeito<sup>12</sup>.

Mas Ost traça críticas a este “retorno das coisas” pretendido pela *deep ecology*, afirmando que “a única maneira de fazer justiça a um (o homem) e a outra (a natureza) é afirmar

<sup>8</sup> GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. 12. ed. Campinas: Papirus, 2001. p. 8.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 128-129.

<sup>10</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. p. 25-26.

<sup>11</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. p. 13.

<sup>12</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 14-15.

simultaneamente a sua semelhança e a sua diferença”<sup>13</sup>. Acusando tanto naturalismo como antropomorfismo como modelos equivocados de pensamento, defende que “homem e natureza têm um vínculo, sem que, no entanto, se possam reduzir um ao outro”<sup>14</sup>.

E prossegue:

A esta relação, propriedade emergente da ligação homem-natureza, chamamos ‘meio’. Eis o nosso híbrido, quase objeto ou quase sujeito, como se queira, que determinará os vínculos e traçará os limites. Já não se trata aqui de pensar em termos de ‘ambiente’ (natureza-objeto: o homem no centro, rodeado por um reservatório natural, talhável e avassalável à discrição), nem tampouco em termos de ‘natureza’ (natureza-sujeito: no seio da qual o homem é imerso, sem que lhe seja reconhecida qualquer especificidade).<sup>15</sup>

E, finalmente, transpondo essa concepção híbrida para o jurídico, Ost<sup>16</sup> leciona:

E temos, então, por sua vez, o jurista mobilizado, intimado a imaginar as condições normativas deste meio justo: o que Reeves designa como uma ‘legislação da complexidade’; não apenas um simples direito do ambiente (inscrito na perspectiva da natureza-objeto salda-se necessariamente em prejuízo), mas uma ‘ecologização do direito’ que ultrapassa os dualismos clássicos sem cair, no entanto, no confucionismo da *deep ecology*.

Além disso, em torno da ideia de ecologia jurídica gravitam outras acepções ecológicas que em determinados aspectos contêm elementos de maior grau de radicalismo, por assim dizer.

É o caso, por exemplo, da teoria da “libertação animal”, de Peter Singer, cujo foco volta-se para a “condição moral dos animais não humanos, afirmando que o princípio ético sobre o qual assenta a igualdade humana nos obriga a ter igual consideração para com os animais não humanos”<sup>17</sup>.

Segundo Singer, existe uma “tirania dos animais humanos sobre os animais não humanos” e que estes deveriam ser tratados como seres “sencientes” e independentes, e não como mero meio para os seres humanos, eliminando o que chama de “especismo”<sup>18</sup>.

Tal como a ecologia profunda, a teoria da libertação animal não é capaz de propor uma adequada proposta de interação do ser humano com o mundo no qual está inserido, mas tem o potencial de provocar a releitura de certas concepções e atitudes, tal como concluem Sarlet e Fensterseifer:

---

<sup>13</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 16.

<sup>14</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 16.

<sup>15</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 18.

<sup>16</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 19.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 133.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 133.

[...] ainda que não seja o caso de assumir como corretas todas as suas formulações (o que aqui convém enfatizar!), nos fazem pelo menos repensar a justificativa moral para a ação humana, o que passa pela reformulação, em maior ou menor escala, dos nossos hábitos alimentares, pelo aperfeiçoamento dos métodos agrícolas e pecuários utilizados, assim como pela revisão das práticas experimentais no campo científico. [...] A consagração de um status moral dos animais sensíveis não humanos, que passam, nesse sentido, a integrar uma comunidade moral partilhada com os seres humanos, constitui certamente um possível fundamento para o reconhecimento da *dignidade do animal não humano*<sup>19</sup>.

Ainda nessa linha mais próxima à ecologia profunda, pode-se citar Michel Serres, que propõe o *contrato natural*, sustentando que “o ser humano abandone a sua condição de dominador e ‘parasita’ em relação ao mundo natural e assuma em face deste uma postura caracterizada pela reciprocidade na relação entre ser humano e ambiente, ou seja, aquilo que a Natureza dá ao homem é o que este deve dar a ela, tornando-a, de certo modo, sujeito de direito”<sup>20</sup>.

A par de todas essas concepções – algumas com raízes mais fincadas em um certo radicalismo pouco maduro para uma plena aceitação científica e social –, releva compreender que a ecologia não se resume ao estudo de elementos naturais ou de uma análise “objetiva” homem-natureza, mas uma ideia que atinge e redimensiona o pensamento social, político e jurídico contemporâneo, justamente por questionar a posição do homem no mundo.

Assim, do presente trabalho não pode escapar a análise da ecologia política, que, segundo Garrido Peña, pode ser compreendida sob três perspectivas: a) como política ecológica; b) como um subsistema da Ecologia Humana ou Social; e c) como uma nova “ideologia política”<sup>21</sup>.

Já para Serrano Moreno, a ecologia política pode ser concebida como: a) expressão política de uma nova cosmovisão, um novo olhar sobre a política do ponto de vista da nova ontologia ecológica; b) ecologia política como ecologia jurídica, expressando uma teoria da complexidade do sistema jurídico, representativo de um novo olhar sobre a Teoria Geral do Direito; c) ecologia política como filosofia política própria dos movimentos alternativos ecológicos<sup>22</sup>.

Garrido Peña<sup>23</sup> ainda ressalta que a junção dos termos ecologia e política nada tem a ver com uma objetivação da política:

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 135.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 136.

<sup>21</sup> GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. Granada: Comares, 1993. p. 1-4.

<sup>22</sup> SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología, estado de derecho y democracia*. In: GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. Granada: Comares, 1993. p. 33-35.

<sup>23</sup> GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. p. 3.

La Ecología Política no es la ciencia política dirigida por la biología, la climatología, la etología o la geografía física. Eso sería el cumplimiento del sueño mecanicista-determinista: el control y dominio por medio de la racionalidad técnico-instrumental de aquello que ha sido visto como lo indomable, como el ultimo reducto de lo azaroso e indeterminado: la política.

E adiante reforça a concepção de ecologia política como ideia a exercer influência sobre os diversos ramos do conhecimento humanístico, mas sem jamais se arvorar a profetizar soluções prontas para os conflitos contemporâneos:

Que la Ecología Política no sea una ciencia no significa que sea el 'nuevo dogma' de una 'nova iglesia'; es decir, que sea pura apologética. [...] La Ecología Política no nos dice qué debemos y que no debemos hacer, creer o querer. No es un método técnico, ni un recetario de consejos, ni una casuística moral o jurídica. Es un horizonte nuevo de interpretación que permite ver lo mismo, pero de distinta forma.<sup>24</sup>

Nessa esteira de que a ecologia política atue como parâmetro de interpretação para o social, o político e o jurídico, é que se articula uma dimensão ecológica para a dignidade da pessoa humana.

Tocante a essa concepção contemporânea da dignidade humana, Sarlet e Fenterseifer<sup>25</sup> sustentam:

Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formataram o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente do direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, passam a conformar o seu conteúdo, ampliando o seu âmbito de proteção.

Assim, a partir de uma readequação de um instituto jurídico a partir de uma diferente lente ecológica, vê-se como as duas ciências – Ecologia e Direito – estão umbilicalmente relacionadas. Havendo um ramo específico no conhecimento do Direito para o estudo da regulamentação da relação entre homem e natureza, há que se analisar como o Direito Ambiental responde às diferentes correntes do pensamento ecológico.

## 2. DIREITO AMBIENTAL: CONCEPÇÃO ANTROPOCÊNTRICA ALARGADA

Antes de esclarecer a respeito dessa distinção, é necessário registrar que, apesar de a temática ambiental ser atualmente uma constante e o tema ecologia estar sempre presente no discurso científico, ainda não é percebida por todos a grandeza da dimensão dos danos

<sup>24</sup> GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. *Introducción a la ecología política*. p. 3.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 109.

ambientais, que, por serem irreversíveis, intergeracionais, transnacionais e transindividuais, nem sempre se amoldam aos contornos tradicionalmente traçados pelo ordenamento jurídico. A respeito, precisa a conclusão de Ost<sup>26</sup>:

Nesta óptica, os juristas, por exemplo, não estão muito inclinados a considerar que os danos causados à natureza não são irreversíveis, nem necessitam de qualquer intervenção urgente: não se diz que, passado algum tempo, a natureza retoma os seus direitos? Apercebemo-nos contudo, hoje, de quanto esta imagem é enganadora: as intervenções humanas, que são cada vez mais maciças e mais concentradas no tempo, interrompem os ciclos naturais e, pelos seus efeitos cumulativos, aproximam-nos dos limiares da irreversibilidade. A desflorestação sistemática é um exemplo entre tantos outros: praticando sem discriminação golpes a sangue-frio, expomos a reduzida camada de solo fértil à erosão eólica e ao escoamento das águas, o que, em alguns casos, como no das regiões tropicais, implica um empobrecimento irreversível desse solo, sem contar com as eventuais catástrofes provocadas, em contrapartida, pelo deslizar das lamas arrastadas pelas tempestades da monção. Independentemente, mesmo, da tomada em consideração das perturbações humanas, a ciência ecológica está mais consciente do que antes da irreversibilidade do longo tempo da natureza: a natureza, como a história, nunca se repete.

Essas concepções de ecologia vistas no item supra exercerão influência sobre o Direito Ambiental interno de cada país e sobre o Direito Ambiental Internacional e refletirão o padrão ecológico de abordagem de cada ordenamento, diploma legal, regra ou princípio.

E não necessariamente haverá apenas dois segmentos opostos e radicais, manifestados pelas concepções biocêntrica e antropocêntrica, mas uma concepção plúrima e oscilante, que transita entre esses dois opostos e que permite amenizar os exageros de cada uma das concepções.

A visão antropocêntrica clássica pode ser definida pelos seguintes traços:

- 1) Os humanos são fundamentalmente diferentes das outras criaturas, sobre as quais têm o poder de exercer um domínio;
- 2) Os humanos são senhores do seu destino, cabe-lhes fixar a si próprios os objetivos que pretendem, adaptando para tal os meios necessários;
- 3) O mundo é vasto e contém recursos em quantidade ilimitada para os humanos;
- 4) A história da humanidade é a de um progresso constante; para todo problema há uma solução (geralmente técnica), não há, pois, motivo para travar o progresso.<sup>27</sup>

O extremo da concepção antropocêntrica transformou a natureza em “ambiente”, “simples cenário no centro do qual reina o homem”, fazendo com que perdesse ela sua natureza ontológica, reduzida a um simples reservatório de recursos, antes de se tornar em depósito de

---

<sup>26</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 109.

<sup>27</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 182.

resíduos.<sup>28</sup>

Inicialmente, há que se ressaltar que é difícil até mesmo conceituar juridicamente meio ambiente fora de uma visão antropocêntrica, tendo em vista que o direito é um produto cultural e, portanto, a proteção jurídica ambiental depende de uma conduta humana.<sup>29</sup>

Mas essa visão inevitavelmente antropocêntrica deve, contudo, estar temperada por certas preocupações tendentes a guiar seu reposicionamento, a saber: a) o ser humano pertence a um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente; b) a natureza é finita; c) o ser humano não domina a natureza, mas tem de buscar caminhos para uma convivência harmônica entre ela e sua produção.<sup>30</sup>

Propõe-se, assim, uma perspectiva antropocêntrica alargada, afastando o homem de

uma restritiva visão de que o homem tutela o meio ambiente única e exclusivamente para proteger a capacidade de aproveitamento deste, considerando precipuamente satisfazer as necessidades individuais dos consumidores, em uma definição economicocêntrica. Com efeito, essa proposta visa, de maneira adversa, a abranger também a tutela do meio ambiente, independentemente da sua utilidade direta, e busca a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos de colaboração e interação.<sup>31</sup>

Nesse antropocentrismo relativizado, fica estabelecido um valor intrínseco e não meramente instrumental a todas as formas de vida e, assim, “a proteção de valores e bens jurídicos ecológicos imporá restrições aos próprios direitos e ao comportamento do ser humano”<sup>32</sup>.

Defende-se que o ordenamento jurídico brasileiro está amparado por uma concepção ambiental antropocêntrica alargada, porque a tutela jurídica ambiental não está relacionada a interesses imediatos, mas a uma dimensão intergeracional<sup>33</sup>.

Tal concepção, denominada, equidade intergeracional, “estabelece responsabilidades (morais e jurídicas) para as gerações humanas presentes em vista da ideia de justiça intergeracional, ou seja, justiça (e equidade) entre gerações humanas distintas”<sup>34</sup>.

Essa, contudo, é uma realidade normativa recente, que historicamente inicia nos anos

<sup>28</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. p. 13.

<sup>29</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 44.

<sup>30</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 45.

<sup>31</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 49.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. p. 142.

<sup>33</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 49.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

1980.

Segundo Benjamin, três momentos distintos de relação com o meio ambiente podem ser identificados na história do Brasil pós-descobrimento, estampados na legislação do país. O primeiro é denominado como *fase da exploração desregrada*, que inicia com o descobrimento e encerra em meados do século XX, caracterizado pela existência unicamente de regras para tutela da saúde e sobrevivência de determinados recursos naturais que beiravam a extinção, como o pau-brasil.<sup>35</sup>

Em seguida tem-se a *fase fragmentária*, em que o meio ambiente ainda não era objeto de proteção, mas já havia a preocupação com vastas categoria de recursos naturais<sup>36</sup>. Até esse momento, os diversos diplomas legais “regulam matérias específicas concernentes ao uso e proteção dos recursos naturais, mas sem alçar em suas razões a proteção ecológica propriamente dita. Isso porque não se vislumbrava ainda o reconhecimento da Natureza – e dos elementos naturais que a compõem – como bem jurídico autônomo digno de proteção”<sup>37</sup>.

Essa fase pode-se dizer encerrada em 1981, quando foi publicada a lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que inaugura a *fase holística*, em que o meio ambiente recebe, finalmente, proteção integral<sup>38</sup>.

Sarlet e Fensterseifer propõem uma divisão do histórico da legislação ambiental distinta daquela proposta por Benjamin, estabelecendo as etapas como: a) fase fragmentária-instrumental; b) fase sistemático-valorativa; e c) fase da “constitucionalização da proteção ambiental”. Contudo, em que pese tal divergência, ambos estão de acordo que é somente com o advento da Lei 6.938/81 que se inaugura uma efetiva fase de proteção ambiental abrangente<sup>39</sup>.

Segundo Sarlet e Fensterseifer, no período embrionário da legislação ambiental, “os interesses que, de modo eventual e fragmentário, conduziram à regulamentação do uso dos recursos naturais antes de tal período eram outros (econômicos, saúde pública etc.), e não a proteção ecológica em si”<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. São Paulo: IMESP, 1999. p. 77-78.

<sup>36</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. p. 77-78.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 179.

<sup>38</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. p. 77-78.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 180.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 181-182.

Os últimos anos têm sido emblemáticos nessa construção legislativa ampla, surgindo leis de extrema importância, que contribuem sobremaneira para a aplicação dos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental.

Mas nunca é demais lembrar que esse panorama teórico do Estado de Direito do Ambiente está sendo fornecido em um momento de globalização econômica, onde ao menos um dos pilares do Estado Nacional Moderno está em corrosão: a soberania. Isso não significa, todavia, que o Estado esteja débil. Segundo Santos, “ao contrário do que se repete impunentemente, o Estado continua forte e a prova disso é que nem as empresas transnacionais, nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, sua vontade política ou econômica”<sup>41</sup>. Assim, mesmo no contexto desigual de forças a que estão submetidas os agentes políticos, cada país pode fazer sua inserção no mundo globalizado de diferentes formas<sup>42</sup>.

É por isso mesmo que ao Estado não basta assimilar novos princípios jurídicos (no caso, os princípios do Direito Ambiental) e, a partir de então, apostar no sucesso de suas novas e exigentes funções. É fundamental que, além disso, o Estado incorpore um novo papel. Assim é que se deve investir esforços para a construção de um Estado de Direito do Ambiente, fundado em um modelo duradouro de desenvolvimento, atento para valores como equidade intergeracional e uma visão “menos antropocêntrica”<sup>43</sup>.

Cumprindo, dessa forma, decotando o tema da presente pesquisa, analisar que contornos essa concepção de Direito Ambiental, influenciada pelas teorias da ecologia indicadas, têm na estruturação do Estado de Direito do Ambiente.

### 3. ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE

Instituições como Estado, república, democracia, entre outros, nunca representam conceitos definitivos e não sempre de serem revisados e aperfeiçoados, seja pelo aprendizado dos erros e acertos evidenciados pela História, seja por meio de formulações teóricas que podem vir a ganhar corpo.

---

<sup>41</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 77.

<sup>42</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. p. 78.

<sup>43</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.



A democracia, portanto, deve ser um espaço de realização existencial, em que cada cidadão se relaciona com a sociedade, com o ente estatal e com o mercado, consciente da existência e da dimensão das consequências de cada um dos seus atos praticados no espaço público.

Problemas locais e globais tornaram-se, em um mundo que parece cada vez menor e mais complexo, mais íntimos e inter-relacionados. Cada decisão política tomada na esfera estatal possui imensa repercussão sobre o cotidiano das pessoas e, principalmente, sobre o futuro muito próximo, especialmente no concernente aos problemas ambientais.<sup>44</sup>

A aposta da ecologia política é exatamente a democracia como forma de vida: *“Entendemos por tal, aquel tipo de concepción de la democracia en que ésta no se limita a ser un sistema de gobierno o una forma de estado, un método para designar quién manda. Sino que establece un conjunto de principios, reglas, valores y creencias que organizam integralmente la vida social.”*<sup>45</sup>

É preciso reconhecer que a razão de ser da existência do Estado é assegurar um determinado núcleo de direitos aos seus cidadãos e que a democracia representa o melhor meio para que o Estado cumpra esse papel.

Existe, portanto, um “direito a um mínimo existencial” e o reconhecimento da jusfundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado opera no sentido de agregar novos elementos normativos a esse mínimo existencial<sup>46</sup>.

Contudo, para assegurar eficácia a esse direito de assento constitucional, não basta colocar unicamente sobre os ombros do ente estatal a incumbência da proteção ambiental, havendo que se disseminar a todos as obrigações correspondentes, daí surgindo o que se convencionou denominar de “dever fundamental de proteção do ambiente”<sup>47</sup>.

A respeito, defendem Sarlet e Fensterseifer<sup>48</sup>:

Os deveres fundamentais de proteção do ambiente, portanto, vinculam juridicamente os particulares no sentido de exigir-lhes não apenas a adoção de medidas negativas, o que ocorre no caso de impedir o particular de realizar determinada atividade que, mesmo potencialmente, possa acarretar dano ambiental, como desmatar a área de mata ciliar ou despejar produto químico no córrego de um rio, como também medidas positivas (de cunho prestacional) necessárias à

---

<sup>44</sup> DEXHEIMER, Marcus Alexsander. **Estatuto da cidade e democracia participativa**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 17.

<sup>45</sup> GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. p. 15.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 150-151.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 279.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 279.

salvaguarda do equilíbrio ecológico, como ocorre na hipótese de medidas voltadas à conservação do patrimônio ambiental ou à reparação de um dano ecológico.

Para Sabsay<sup>49</sup>, o cumprimento de metas tão ambiciosas como aquelas traçadas pelo desenvolvimento sustentável requer a organização de estruturas de Estado aptas a tanto.

Segundo Canotilho<sup>50</sup>, está associada ao conceito de “Estado Constitucional Ecológico” a ideia de “democracia sustentada”, enunciado que, por sua vez, funda-se em dois pressupostos: “(1) o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; (2) o Estado ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada.”

E, para Capella, Estado de Direito do Ambiente pode ser definido como uma concepção de Estado que “se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”<sup>51</sup>.

Esse Estado, segundo Leite<sup>52</sup>, “converge obrigatoriamente para mudanças radicais nas estruturas existentes da sociedade organizada. E não há como negar que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental.”

Nesse contexto, o aparato jurídico-normativo do Estado é determinante para que possa cumprir suas novas funções, em especial no concernente a sua missão fundamental de proteção ambiental.

A norma jurídica, dessa maneira, apesar de não possuir força própria, detém uma força propulsora em potencial, o que reforça seu caráter instrumental (pode, assim, ser veículo ou obstáculo à transformação social). É no sentido transformador que Bonavides advoga a construção de um novo Direito Constitucional, fundado, sobretudo, em uma nova hermenêutica e na repolitização da legitimidade.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> SABSAY, Daniel Alberto. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*. **Revista de Direito Ambiental**, v. 22, p. 38-49, jan./mar. 2000. p. 43.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, v. 2. 2001. p. 9-16, a. 2001. p. 9.

<sup>51</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994. p. 248.

<sup>52</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 9.

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por

Assim, o Direito Ambiental – resultado imediato da evolução da concepção de ecologia – tem especial potencial na construção do Estado de Direito do Ambiente, e, para Montibeller-Filho, o Direito Ambiental representa a instância mais elevada de concretização da política ecológica<sup>54</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso ambiental é, em regra, bem aceito social e politicamente e, por isso, acabou se tornando muitas vezes mais um lugar-comum retórico do que um valor a ser efetivamente pensado, ponderado e efetivado.

Ao Estado e seus poderes incumbe dar efetiva aplicação aos preceitos normativos de natureza ambiental, para que também o Direito Ambiental não se limite a ser uma singela carta de boas intenções, mas um efetivo arsenal de ferramentas destinadas a uma equilibrada tutela da natureza.

Para tanto, é necessário inicialmente conhecer as teorias da ecologia que atualmente buscam construir uma nova relação homem-natureza, analisando sua influência sobre o Direito Ambiental.

Como resposta à concepção tradicional, amparada na absoluta dicotomia entre homem e natureza, exsurge a ecologia profunda (termo cunhado em 1973 por Arne Naess), que concebe os seres humanos como apenas uma das manifestações da natureza, sem que se lhes possa atribuir qualquer primazia.

Se não serve, contudo, como teoria a amparar por completo os rumos do Direito Ambiental (culminando na transformação jurídica da natureza-objeto em natureza-sujeito), possibilita – em conjunto com a ecologia política – a releitura da concepção tradicional, resultando em uma visão menos fragmentada entre homem e natureza, uma concepção ainda antropocêntrica, mas relativizada, mais focada na integração desses dois elementos.

Essa visão é denominada antropocêntrica alargada e compreende o ser humano como pertencente a um todo, a uma natureza finita e limitada, incapaz de dominá-la.

---

uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25-49.

<sup>54</sup> MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.

Tal concepção, que propicia ao homem uma convivência ambiental mais harmônica, inspira a atual fase legislativa brasileira desde a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), evidenciando que o Brasil possui instrumentos legislativos próprios à edificação de um Estado de Direito do Ambiente, modelo de Estado que possui, entre seus pilares, a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *In*: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. São Paulo: IMESP, 1999.

CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología: de las razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. **Estatuto da cidade e democracia participativa**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. Granada: Comares, 1993.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. 12. ed. Campinas: Papirus, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

PEÑA, Francisco Garrido. **Introduccion a la ecologia política**. Granada: Comares, 1983.

SABSAY, Daniel Alberto. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*. **Revista de Direito Ambiental**, v. 22, p. 38-49, jan./mar. 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e meio ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS ÁGUAS

Rafaela Borgo Koch Schlickmann<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais decorrem da premissa de salvaguardar os direitos básicos do indivíduo no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o Estado, através da positivação de tais direitos, deve realizar a proteção jurídica adequada, atendendo ao cidadão em seus direitos.

Consagrados no período pós-Segunda Guerra Mundial pelas organizações internacionais, os direitos do homem ensejaram, por conseguinte, a proteção ambiental, a qual, através do Direito Ambiental, passou a ser objeto de preocupação do sistema internacional.

Neste contexto, devido ao seu caráter de essencialidade, a água adquiriu viés fundamental, de modo que o Direito de Águas se estruturou na perspectiva de tutelar os recursos hídricos visando sua real proteção, em razão da iminente crise hídrica que se avizinhava.

A presente pesquisa busca, como objetivo geral, analisar pontualmente a afirmação dos Direitos Fundamentais na sociedade atual e seu papel como garantidores da proteção ambiental, trabalhando, para tanto, os objetivos específicos de estabelecer uma relação entre os direitos do homem e seu direito à água, evidenciando o caráter de fundamentalidade deste recurso natural e, por tal motivo, a premente necessidade de tutela jurídica internacional de força vinculante.

Nesse sentido, os problemas centrais são apontados seguintes questionamentos: Como os Direitos Fundamentais se revelam substanciais na proteção ambiental? De que forma o Direito de Águas deve receber tutela jurídica internacional de caráter vinculante?

Com relação à metodologia empregada, adotou-se o método indutivo de pesquisa, de modo que, nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

---

<sup>1</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Bolsista do Programa UNIEDU Pós-Graduação 2017. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

## 1. A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO AMBIENTAL NA SOCIEDADE ATUAL

Os Direitos Fundamentais, no entendimento de Peces-Barba<sup>2</sup>, se fundam na moralidade e afluem no Direito, se realizando através do Estado, que constitui o ponto de referência da realidade jurídica a partir do trânsito à modernidade. Sem o suporte do Estado, tais valores não se convertem em direito positivo e, por conseguinte, carecem de força capaz de orientar a vida social.

Para Alexy<sup>3</sup>, sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga tal direito, de modo que o Estado atua de forma positiva com vistas à proteção do indivíduo, o que pode se vislumbrar no âmbito dos direitos sociais e, também aqui, na sistemática da proteção ambiental.

Neste sentido, Canotilho<sup>4</sup> ensina que o Estado, enquanto poder público, é invocado como destinatário do dever de proteção de particulares, deixando claro que qualquer titular de um direito fundamental tem a premissa de exigir do Estado a proteção jurídica adequada.

Ao elucidar a evolução das gerações de Direitos Fundamentais, Cruz<sup>5</sup> destaca que os direitos de terceira dimensão se alinham à premissa da necessária proteção dos bens comuns, não individualizáveis, posto que, ainda que estes representem a coletividade, constituem condição essencial à qualidade de vida de cada indivíduo, devendo ser objeto de sua tutela e ensejando, portanto, o Direito ao Meio Ambiente.

No entanto, os Direitos Fundamentais como atualmente conhecidos custaram a adquirir tal característica, tendo assim se delineado em decorrência de movimentos político-jurídicos e culturais que propagaram ideias tais como liberdade e igualdade, culminando, então, no conceito histórico próprio do mundo moderno que hoje se vislumbra.<sup>6</sup>

Em verdade, foi somente no período pós-Segunda Guerra Mundial que os organismos internacionais passaram a observar a necessidade de proteção dos Direitos Humanos,

---

<sup>2</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 105.

<sup>3</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 47; p. 419.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 76-77.

<sup>5</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 164.

<sup>6</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 113.

apresentando nos tratados e documentos de alcance internacional o reconhecimento e a consequente determinação da proteção internacional de direitos fundamentais.<sup>7</sup>

A esse respeito, destaca Bobbio<sup>8</sup>

Os direitos do homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas. Basta pensar nas vicissitudes da extensão dos direitos políticos. Durante séculos não se considerou de forma alguma natural que as mulheres votassem. Agora, podemos também dizer que não foram dados todos de uma vez e nem conjuntamente [...] A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico [...] Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, consequentemente, também tecnocrática do mundo.

Seguindo tal premissa, os movimentos ecológicos que lutavam pelo direito de viver em um ambiente não poluído, por exemplo, abalaram a situação política interna dos Estados bem como o sistema internacional, justificando a necessidade de criação de proteção específica a tais direitos.<sup>9</sup>

Soares<sup>10</sup> assevera que tanto o meio ambiente quanto a pessoa humana alcançaram patamar distinto no direito internacional após a Segunda Guerra Mundial, quanto então, passado considerável lapso temporal, as normas de proteção internacional ao meio ambiente passaram a ser consideradas como um complemento aos direitos do homem.

Mateo<sup>11</sup> preceitua que a problemática do Direito Ambiental representa a proteção dos bens públicos, ensejando, portanto, o protagonismo da Administração Pública em prol de sua defesa, razão pela qual a proteção jurídica respectiva se volta à tutela dos direitos subjetivos.

E é sob ótica semelhante que Canotilho<sup>12</sup> ensina que a proteção especificamente referenciada ao ambiente traduz a prerrogativa de que o Estado deve combater os perigos concretos ao ambiente, garantido assim outros direitos fundamentais ao proteger os cidadãos e assegurar-lhes a qualidade de vida esperada.

Passam-se a analisar, a seguir, o caráter de fundamentalidade atribuído à água e a consequente necessidade de tutelar tal direito.

---

<sup>7</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 174.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 229

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 229-230.

<sup>10</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 171-173.

<sup>11</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: MATEO, Ramón Martín. **Manual de derecho ambiental**. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, S.A., 1995. p. 66.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 188.



## 2. A ÁGUA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DE ÁGUAS

A água, composto químico mais abundante na natureza, representa fundamental importância para a existência de todos os seres vivos e, sobretudo, para todo e qualquer processo químico a eles relacionados, de modo que a existência no planeta não seria viável sem água.<sup>13</sup>

Mateo<sup>14</sup> destaca, ao citar organismos anaeróbios, que a vida é possível sem oxigênio, ressaltando, contudo, que sem água não há possibilidade de vida e que, por tal razão, o Direito Ambiental deve atuar na proteção do meio ambiente e, especificamente no que tange à água, tal proteção deve ser apresentada com absoluto rigor.

Por ser um recurso natural limitado e constituir um bem público fundamental, a água adquire caráter de essencialidade, devendo, pois, ser considerada fundamental para a dignidade humana, a fim de que sua proteção seja salvaguardada.<sup>15</sup>

Gimenez e Álvares salientam, ainda, que a finalidade da água ultrapassa a esfera do uso doméstico, constituindo elemento chave na produção de alimentos e garantindo a saúde aos cidadãos, de modo que o direito à água, por constituir um bem comum, se evidencia necessário para que os demais direitos possam ser exercitados, razão pela qual os Estados, através de seus ordenamento jurídicos, devem assegurar o acesso a tal recurso em condições mínimas de salubridade.<sup>16</sup>

A respeito do tema, destaca-se que a água, e a falta dela, têm sido objeto de conflitos diversos, os quais foram registrados no último Relatório de Recursos Naturais e Conflitos, publicado pela ONU em 2012, no qual constatou-se que a má-gestão dos recursos naturais e não

---

<sup>13</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 35.

<sup>14</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: MATEO, Ramón Martín. **Manual de derecho ambiental**. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, S.A., 1995. p. 215-216.

<sup>15</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 36.

<sup>16</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 37.

observância do caráter finito da água tem aumentado a degradação ambiental e também desencadeados controvérsias e conflitos ao redor do mundo.<sup>17</sup>

Em virtude da expressiva importância da gestão dos recursos hídricos, por conseguinte, Granziera<sup>18</sup> destaca que o Direito de Águas decorreu da necessidade de proteção deste bem comum, aduzindo que referido ramo do Direito Ambiental consiste no conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, competências e gerenciamento de águas, com vistas à preservação e uso adequado.

Irujo<sup>19</sup> assevera que a aproximação jurídica da necessidade de proteção das águas tem sustento na premissa de que a degradação da água se produz tanto em virtude de seu (mau) uso, quanto por consequência da poluição das águas por substâncias não permitidas, carecendo de controle específico e técnicas capazes de redução e poluição dos recursos hídricos.

O direito à água, portanto, prevê a necessidade de referido recurso natural não sofrer interferências, como sua contaminação por substâncias proibidas, devendo observar-se a qualidade da água e seu abastecimento contínuo às comunidades, tornando-se um bem disponível, acessível e que detenha instalações adequadas à população, ao alcance de todos.<sup>20</sup>

Pardo<sup>21</sup>, a seu turno, dispõe que a proteção das águas se dá em caráter preventivo, com o objetivo de evitar ou reduzir a contaminação das mesmas, bem como a eliminação das substâncias contaminadoras deste recurso natural por meio do saneamento das águas residuais, sendo que a regulação do Direito de Águas representou avanço e concretização da proteção jurídica em questão.

Neste contexto, passará a se analisar a forma com que a proteção das águas adquiriu alcance internacional.

---

<sup>17</sup> BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016. p. 127.

<sup>18</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

<sup>19</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: IRUJO, Antonio Embid. La evolucion del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua. In: IRUJO, Antonio Embid (Director). **El nuevo derecho de aguas**: las obras hidráulicas y su financiación. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 77-79.

<sup>20</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 47-48.

<sup>21</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 277.

### 3. PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DAS ÁGUAS

A proteção jurídica internacional do meio ambiente ganhou destaque no período pós-guerra, acarretando o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, um aumento expressivo de conferências e eventos mundiais pautados na proteção ambiental.

Acerca do aumento de tal preocupação a nível internacional, destaca Soares<sup>22</sup>:

Passados 20 anos da realização, em 1972, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, a AG da ONU convocaria outra conferência, em 1992, no Rio de Janeiro, desta vez, sobre o tema Meio Ambiente e Desenvolvimento. Em que pese ter havido grande conscientização mundial sobre as necessidades de preservação do meio ambiente nesse período de 20 anos, ocorreram grandes catástrofes ambientais localizadas, mas que tiveram uma destacada repercussão nas relações internacionais. A constância dos acidentes e os níveis de destruição cada vez mais elevados e cruéis que eles causavam foram os motivos que precipitaram a desesperada busca de soluções normativas globais.

De forma correlata à proteção do Meio Ambiente, a preocupação latente com a preservação das águas também cresceu e, conforme ressaltam Giménez e Álvarez, embora o Direito de Águas não seja reconhecido expressamente como um direito humano em tratados internacionais, as normas internacionais de direitos humanos demonstram vínculos específicos ao acesso à água potável.<sup>23</sup>

Nesse sentido, pode-se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>24</sup>, data de 10 de dezembro de 1948, que assim dispõe em seu artigo 25:

Artigo XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Referida Declaração assegura o direito humano a padrões mínimos de vida, garantindo

<sup>22</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 48.

<sup>23</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congresso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 38.

<sup>24</sup> ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2017.

saúde, bem-estar e alimentação, e, ainda que não haja referência expressa à água, pode-se vislumbrar que este recurso natural encontra-se inserido no contexto de tais padrões.

E é justamente nesta perspectiva que merecem destaque Giménez e Álvarez<sup>25</sup> quando aduzem que a ausência de reconhecimento internacional expresso do direito à água não implica em sua inexistência, podendo-se vislumbrar seu alcance de maneira implícita nos pactos e documentos publicados pelos órgãos de proteção internacional.

Colaciona-se, neste sentido, o artigo 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>26</sup>, de 16 de dezembro de 1966, que assim preceitua:

ARTIGO 12. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Depreende-se do referido artigo, com clareza, que o direito à água, ainda que de forma implícita, se destaca como recurso essencial ao ser humano, na medida em que o cidadão restará amparado com a proteção de todos os aspectos de higiene de seu trabalho e do meio ambiente em que vive, bem como seu regular desenvolvimento e prevenção de epidemias na medida em que tiver acesso adequado à água potável.

Nos anos setenta, por conseguinte, a preocupação com a tutela das águas ganhou força através da Conferência das Nações Unidas sobre a Água, que ocorreu em Mar del Plata – Argentina, em 1977, tendo como problemática o crescente consumo da água em todo o globo e a potencial crise hídrica que se avizinhava, apresentando como ponto de tutela jurídica a criação de um programa de gerenciamento de tais recursos.<sup>27</sup>

A partir de então, os esforços para a proteção jurídica da água foram aumentando, de

---

<sup>25</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 48.

<sup>26</sup> UFPA. Fundo de População das Nações Unidas. **Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais**. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf). Acesso em: 24 de fevereiro de 2017.

<sup>27</sup> BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016. p. 123-124.

modo que os recursos hídricos tornaram a ser objeto de grande preocupação na Eco 92, ocorrida no Rio de Janeiro, que foi a maior conferência já realizada pelas Nações Unidas até aquele momento histórico.<sup>28</sup>

Como resultado da Eco 92, a Agenda 21 representou uma grande evolução na proteção ambiental, sobretudo no que diz respeito à proteção das águas, tendo em vista que a mesma definiu, em uma de suas seções, a necessidade de gestão de recursos naturais como a água doce, visando o adequado abastecimento de água potável e saneamento, bem como a proteção e gestão dos oceanos.<sup>29</sup>

Por conseguinte, com o passar dos anos a proteção jurídica das águas passou a receber maior cuidado por parte dos organismos internacionais, passando a ser tratada como um direito, buscando-se, outrossim, a conscientização e cooperação dos Estados na gestão da água, sendo que o ano de 2013 restou consagrado pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas como o “Ano Internacional de Cooperação da Água”.<sup>30</sup>

Finalmente, a Organização das Nações Unidas lançou o plano de ação denominado “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, que visa agregar todas nações interessadas para realizarem uma parceria de colaboração mútua frente aos desafios da proteção dos recursos hídricos, visando a gestão sustentável da água e seu saneamento.<sup>31</sup>

Referidos documentos internacionais e conferências sobre o tema auxiliam, evidentemente, para a conscientização dos Estados acerca da necessidade de proteção da água, servindo como um alerta em relação à urgência com que deve ser tratado o tema.

Entretanto, tais documentos, desprovidos de qualquer força vinculante, carecem de meios de implementação, capazes de fazer valer o que está neles contido, de modo a assegurar o direito fundamental à água.

A esse respeito tratará o próximo tópico, que discorre acerca da necessidade de um ordenamento jurídico comum a todas as nações com vistas à proteção efetiva dos recursos hídricos.

---

<sup>28</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 55-56.

<sup>29</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 56-69.

<sup>30</sup> BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016. p. 126.

<sup>31</sup> ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 21/02/2017.

#### 4. A EMERGÊNCIA DE UMA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO ÀS ÁGUAS

O cenário crítico que vem se apresentando ao redor do globo no que tange ao comprometimento das águas requer atenção e esforços redobrados, fazendo-se necessária a cooperação mútua de todos os países a fim de que se tornem efetivos os mecanismos de proteção aos recursos hídricos.

Shiva<sup>32</sup> já destacou que se as guerras deste século foram travadas por petróleo, as guerras do próximo século ocorrerão em razão da água, de modo que não se pode olvidar a emergente necessidade de legislação internacional que seja capaz de proteger, efetivamente, o direito fundamental à água.

Neste contexto, Soares<sup>33</sup> afirma que a regulamentação dos rios internacionais já se apresentava como uma das difíceis questões tratadas pelo direito internacional, de modo que a emergência da preocupação de preservação das águas doces de interesse internacional traçou novos e mais complexos contornos sobre o tema:

[...] rios, lagos, bacias hidrográficas, recursos hídricos em geral são regulados por tratados e convenções internacionais muito particularizados, seja entre Estados vizinhos, seja, no máximo, por pouco Estados que têm interesse regional num determinado recurso hídrico. Trata-se, portanto, de normas regionais, quando não sub-regionais, casuísticas, e das quais muito dificilmente se podem extrair normas gerais ou paradigmas para quaisquer outras situações em outras regiões. Por tais motivos, não há, até o presente momento, uma convenção internacional global que regule as águas doces, que, como sabemos, são os elementos da natureza mais importantes para a biosfera, em especial, a vida humana.

Pautados nessa premissa, Giménez e Álvarez<sup>34</sup> reivindicam uma Convenção Internacional sobre Direito de Águas, formalizada no âmbito das Nações Unidas, com força vinculante a todos os Estados e que seja capaz de estabelecer a obrigatoriedade de políticas públicas em favor da sustentabilidade da água, amparadas em um direito humano à água, que a reconheça como bem comum e que a salvguarde como direito fundamental às futuras gerações.

Adotar políticas públicas para adequados desenvolvimento e utilização dos recursos

---

<sup>32</sup> SHIVA, Vandana. **Guerras por água** – privatização, poluição e lucro. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

<sup>33</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 135-136.

<sup>34</sup> Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho . Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 50.

hídricos é medida que se impõe no cenário internacional atual, a fim de que se consiga alcançar “o acesso universal e eqüitativo à água potável e segura para todos”<sup>35</sup>, ampliando a cooperação e o apoio internacionais no que tange à capacitação dos países em desenvolvimento à realização de atividades e programas para saneamento e adequada distribuição da água.

A necessidade de um ordenamento jurídico conjunto é premente, como elucida Soares<sup>36</sup>:

Os países da atualidade, organizados na forma de Estados, não podem prescindir da existência de um território reconhecido como deles, o qual por sua vez, não pode existir sem uma delimitação física em relação a outros países, sejam seus vizinhos ou não. Contudo, os rios transfronteiriços não mudam as cores de suas águas quando atravessam fronteiras, nem as aves, os peixes e as correntes marítimas necessitam de passaportes e vistos de entrada para percorrer seu caminho natural de passar livremente do território de um Estado para o território de outro Estado e, da mesma forma, os ventos, que transportam poluição de um país para outro, não se submetem a nenhuma lei ou regulamento sobre transporte internacional de resíduos tóxicos. Por outro lado, existem tipos de biomas, de grande extensão física, que se encontram artificialmente desmembrados por vários Estados, como é o caso da Amazônia [...] Enfim, há fenômenos em que a noção de fronteira é propositadamente considerada inexistente, como nos casos do clima mundial, do patrimônio natural e cultural da humanidade e, particularmente, nos denominados espaços globais (conhecidos como os *global commons*): o alto-mar, o solo e o subsolo dos fundos marítimos e oceânicos, e o espaço sideral.

Faz-se necessário, pois, que as nações de todo o globo, através de conscientização e cooperação mútuas, previnam-se contra a degradação do meio ambiente, reconhecendo a unidade do meio ambiente no Planeta Terra, de forma que “a única maneira de ter-se uma regulamentação racional em relação a ele seria unificar os vários ‘meios ambientes’ [...] num único sistema normativo, determinado pelo direito internacional”.<sup>37</sup>

A despeito de todos os esforços envidados em favor da consagração da água como direito fundamental, e não obstante a visível evolução que se vislumbrou nos últimos anos a esse respeito, o fato é que o Direito de Águas carece, ainda, de longo caminho até conseguir atingir, de fato, protagonismo internacional equiparável ao caráter de essencialidade da água.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se desenvolveu sob a premissa de que os Direitos Fundamentais

---

<sup>35</sup> BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016. p. 129.

<sup>36</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 14-15.

<sup>37</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 39.

amparam a proteção ambiental, bem como ensejam a tutela jurídica das águas, recurso natural que, devido à sua essencialidade, apresenta caráter de fundamentalidade.

Com vistas a satisfazer os propósitos da pesquisa, o presente artigo analisou, ainda que brevemente, como os Direitos Fundamentais alçaram o posto em que se encontram na sociedade atual, verificando-se como a proteção ambiental encontra guarida nos mesmos.

No que diz respeito ao Direito de Águas, foi possível depreender que o mesmo surgiu da necessidade de proteger os recursos hídricos ante a uma latente crise hídrica mundial que se apresentava latente, de modo a alertar os organismos internacionais e todas as nações acerca da necessidade de proteção específica deste insubstituível bem comum a todos.

Evidenciou-se, através deste estudo, que não há outro caminho para salvaguardar o direito fundamental à água que não por meio de mecanismos capazes de realizar um controle adequado de qualidade, saneamento e distribuição dos recursos hídricos, além de implementar medidas que busquem a conscientização e cooperação de todos as nações.

No entanto, restou claro que, embora existam documentos internacionais que disponham acerca da proteção hídrica e que visem a concretização do acesso à água potável para todos, tais proposições não são suficientes para atingir os níveis de proteção ambiental necessários à efetivação do direito à água.

Para suprir essa lacuna, o apelo que os estudiosos do Direito Ambiental fazem se revela na necessidade de criação de uma Convenção Internacional sobre Direito de Águas, que seja capaz de atingir os países do globo de forma vinculante, isto é, estabelecendo políticas públicas de caráter obrigatório, visando atingir a sustentabilidade da água.

A necessidade deste ordenamento jurídico conjunto e vinculante às nações do globo se faz premente, pautando-se na premissa de que o meio ambiente na Terra consiste em uma “unidade”, que pertence a todos e cujas conseqüências igualmente atinge à coletividade e, por tal razão, deve ser tutelada em benefício da proteção do direito fundamental à água.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.



BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. *In*: FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011.

GIMÉNEZ, Alfonso Ortega; ÁLVAREZ, Antonio López. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. *In* MORENO, Joaquín Melgarejo; GIMÉNEZ, Andrés Molina; GIMÉNEZ, Alfonso Ortega (Org.) **Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI** (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congresso Internacional de Derecho de Agua. Alicante, Octubre 2014). Navarra: Editorial Aranzadi, 2015.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2003.

IRUJO, Antonio Embid. La evolucion del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua. *In*: IRUJO, Antonio Embid (Director). **El nuevo derecho de aguas**: las obras hidráulicas y su financiación. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de derecho ambiental**. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, S.A., 1995. p. 66.

ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

SHIVA, Vandana. **Guerras por água** – privatização, poluição e lucro. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003.

UFPA. Fundo de População das Nações Unidas. **Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais**. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf).

# RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO AMBIENTAL<sup>1</sup>

Romano José Enzweiler<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil clássica desenvolveu-se e foi organizada para um mundo estável, lento, previsível, dominado por relações intersubjetivas. No intuito de modernizar o direito ressarcitório, isto é, para alcançar aquelas situações da vida não abrangidas pela clássica responsabilidade civil, calcada na culpa, criaram-se mecanismos que sinalizam uma mudança do eixo decisório: deslocou-se o objeto da prova. Presunções de culpa e inversão do ônus probatório foram as respostas iniciais oferecidas pelo sistema jurídico para preencher o vazio. Logo na sequência, em face principalmente da manutenção das dificuldades probatórias a que submetidas as vítimas, migrou a jurisprudência (e bem assim a doutrina e a lei) para o sistema objetivo, naquelas situações em que a técnica da culpa levasse, por suas características, à inevitável irresponsabilização do lesante. É preciso avançar, porém, uma vez que a pós-contemporaneidade exige respostas mais justas e completas ao desafio coletivo, especialmente no que se refere ao direito ambiental de danos. Daí a aplicação, ainda insuficiente, é verdade, do deslocamento do objeto da prova para o deslocamento do objeto da reparação, fazendo com que a incerteza, nos chamados casos aleatórios, se converta em elemento da própria reparação, e não sirva, como até agora se tem percebido, como excludente de responsabilidade. Para enfrentamento do desafio difuso-ambiental, é vasto o leque apresentado pelo direito de danos, nomeadamente a assunção do método responsivo, do conglobamento e interpretativo-concretizador.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVE NOTA EVOLUTIVA, DA *FAUTE* AO RISCO

Na feliz expressão de Josserand, não existe assunto “mais atual, complexo e vivo do que o estudo da responsabilidade aquiliana, centro do Direito Civil, ponto nevrálgico de todas as

---

<sup>1</sup> Texto submetido à apreciação conforme edital referente ao 8º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade. Univali, Itajaí/SC. Revisão gramatical pela Profa. MSc. Maria Tereza de Queiroz Piacentini.

<sup>2</sup> Juiz de Direito em Santa Catarina, entrância final. Doutorando do curso de Ciência Jurídica da Univali, Itajaí/SC, com dupla titulação junto à Universidade de Alicante, Espanha.

instituições”.<sup>3</sup>

Nosso primeiro Código Civil republicano data de 1916, possuindo ele clara inspiração francesa<sup>4</sup> no que se refere à responsabilidade civil. De seu artigo 159<sup>5</sup> podemos extrair os seguintes elementos caracterizadores da responsabilidade: conduta antijurídica<sup>6</sup> (culpa do agente), dano efetivo e nexa causal entre a conduta do lesante e o dano. Categoriza-se ela, *grosso modo*, em responsabilidade contratual e extracontratual.

A responsabilidade aquiliana<sup>7</sup> possui natureza eminentemente subjetiva, calcada na culpa, na moral<sup>8</sup> e na religião, o que, ao contrário do afirmado por alguns, representou avanço civilizatório de inegável relevância histórica em defesa da liberdade do cidadão, pois que limitadora dos poderes do Estado (rei) pelo direito.<sup>9</sup> Daí referir-se que “um marco importante da responsabilidade foi constituído pela introdução de uma cláusula geral da responsabilidade por culpa [...]. Foi uma das grandes novidades do Código Civil francês de 1804 e do seu célebre artigo 1382, retomada de uma maneira geral nas grandes codificações modernas. O princípio da culpa valia então como exclusivo, isto é, como fundamento único da imputação de um dano [...]”.<sup>10</sup>

Finca ela raiz (a responsabilidade extracontratual) nas relações de vizinhança<sup>11</sup>, o que se mostra de importância singular ao estudo aqui proposto relativo às modificações havidas quanto à

---

<sup>3</sup> JOSSERAND, Étienne Louis. **L'évolution de la responsabilité**. Apud LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.15.

<sup>4</sup> No particular, seguimos o *Code Napoléon*, outorgado por Napoleão Bonaparte em 1804.

<sup>5</sup> Art. 159, CCB/1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

<sup>6</sup> O cometimento de ilícito, portanto, já aponta para a possível responsabilização civil do agente, mas não se pode olvidar que é igualmente possível a responsabilidade derivada do ato lícito como, por exemplo, na hipótese de estado de necessidade defensivo que atinge bem de terceiro. Veja-se da jurisprudência: “O estado de necessidade não afasta a responsabilidade civil do agente, quando o dono da coisa atingida ou a pessoa lesada pelo evento danoso não for culpado pela situação de perigo” (RSTJ, vol. 229, p. 337).

<sup>7</sup> A denominação “aquiliana” deriva da “Lex Aquilia”, ou extracontratual, do direito romano.

<sup>8</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 113.

<sup>9</sup> DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 13.

<sup>10</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1983. Sobre a submissão da força ao direito, no concernente à história do constitucionalismo, afirma-se que “*en todo Occidente los pueblos pedían una ‘constitución’ porque este vocablo significaba para ellos una ley fundamental, o una serie fundamental de principios, paralelos a una cierta disposición institucional, dirigida a delimitar el poder arbitrario y a asegurar un gobierno limitado. Se entiende que las técnicas del garantismo son diversas (cartas de derecho o no, control judicial o no, cuánta y cuál separación de poderes etc.), pero en todos los casos su intención y su razón de ser son el asegurar que se les garantise la protección frente al abuso de poder. [...] dirigidos a un único objetivo: someter la fuerza al derecho*”. SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**. Tradução de Maria Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 17 e 18. Título original: Elementi di teoria politica.

<sup>11</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.16. O relacionamento entre direitos de vizinhança e meio ambiente encontra-se bem desenvolvido na doutrina recente, como se vê no excelente artigo de BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Brasília: BDJur. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/>. Acesso em 20/11/2016, p. 33-39. Destaque também merece, no mesmo sentido, o trabalho de PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade Civil por Dano Ambiental: Considerações de Ordem Material e Processual. In: **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 444-70.

resposta do sistema jurídico à danosidade ambiental.

Em toco dizer, vem a responsabilidade subjetiva fundamentada na existência e comprovação da culpa, admitindo, por conta de sua estruturação, várias possibilidades excludentes, o que por vezes se mostra problemático no que tange à reparação do dano à vítima. O risco, ver-se-á na sequência, legitima a responsabilização denominada objetiva.

A modelagem jurídica escolhida pelos elaboradores do Código Civil de 1916 para definição da responsabilidade civil baseava-se no relacionamento indivíduo-indivíduo, num cenário de poucas vítimas, de caráter predominantemente patrimonial.<sup>12</sup> O desenho clássico fundava-se, então, numa conflituosidade tipicamente intersubjetiva, operada no plano individual, associada à integridade humana e à propriedade privada (numa visão eminentemente homocêntrica ou também dita antropocêntrica).<sup>13</sup>

De toda sorte, releva observar que a função primária da responsabilidade civil é a reparatória, uma vez assumido tratar-se ela de uma “técnica jurídica de alocação de perdas e danos oriundos das atividades humanas”.<sup>14</sup> Outras funções, porém, fazem parte do leque disponibilizado pelos procedimentos ressarcitórios.

Em razão das lacunas percebidas na organização promovida pelo legislador, logo se fez necessário implementar novas paletas ressarcitórias, hauridas do próprio sistema, a fim de não permitir o eventual enriquecimento sem causa do lesante e, mais ainda, para evitar ficasse a vítima sem reparação, o que feriria o princípio da justiça social. Assim é que, “no domínio da responsabilidade extracontratual a evolução implica o surgimento de uma responsabilidade objectiva, pelo risco”.<sup>15</sup>

No já longínquo ano de 1938, em obra clássica sobre o tema, dissertava o Professor Alvino Lima acerca da então embrionária teoria da responsabilidade sem culpa<sup>16</sup>, decorrente, entre

---

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado.** BDJur, 1998.  
<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8632>, acesso em 16/11/2016.

<sup>13</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado.** BDJur, 1998, p. 23.  
<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8632>, acesso em 16/11/2016.

<sup>14</sup> PROSSER, W. L. **Handbook of the law of torts.** St. Paul, Minn., West Publishing CO., 1971, p. 6, *apud* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado.** BDJur, 1998, p. 18.  
<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8632>, acesso em 16/11/2016.

<sup>15</sup> ROCHA, Maria Victória. **A imputação objectiva na responsabilidade contratual.** Revista de Direito e Economia. RDE, Ano XV, 1989, p. 78-100.

<sup>16</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, 236 p. Disponível na Rede Virtual de Bibliotecas. Neste

outros motivos, do “aumento das lesões de direitos advindas das invenções criadoras de perigos, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós”<sup>17</sup>, sendo por isso necessária a proteção das vítimas, até porque estas possuem evidente dificuldade no plano probatório (hoje configurada nas expressões vulnerabilidade e hipossuficiência técnica, informacional e econômica, segundo a boa doutrina consumerista, por exemplo<sup>18</sup>). Não se olvide, porém, da vigorosa influência do positivismo jurídico no afastamento dos elementos subjetivos (culpa) da responsabilidade civil.

Nesse contexto, mostrou-se imprescindível distanciar a responsabilidade do elemento moral, abordando-se a questão sob novo prisma, a saber, “sob o ponto exclusivo da reparação do dano”, das perdas.<sup>19</sup>

Em determinadas situações, de início excepcionais, foi a culpabilidade abandonada como critério definidor da responsabilização, emergindo o dano e a reparação não mais daquela, mas do fato causador da lesão a um bem jurídico.<sup>20</sup>

A nova liga a fundir dano e reparação passou a consistir, desde ali, não na punição do agressor, mas na recomposição dos bens do lesado, devendo a “nova” responsabilidade civil surgir, então, “do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima [...]. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da causalidade entre o proveito e o risco”.<sup>21</sup>

Bem nessa linha o pensamento maduro de Saleilles, para quem “acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando esses interesses, e neles se baseando, é que se determinará ou não a necessidade de reparação”.<sup>22</sup>

A reconfiguração das coberturas ressarcitórias fez (re)aparecer a noção de deveres gerais de cuidado e de prevenção, os quais, gerados pelo complexo influxo social, mostram-se como

---

texto, consultamos e utilizamos a edição do ano de 1998, citada em nota de rodapé, acima.

<sup>17</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.113.

<sup>18</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>19</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.115.

<sup>20</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.116.

<sup>21</sup> A expressão é de Savatier, quando se referiu à expansão da responsabilidade, citado por LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.116.

<sup>22</sup> Citado por LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.117.

resposta necessária à danosidade de massas.

No dizer da melhor doutrina, estão-se alargando as zonas “das omissões juridicamente relevantes, através da generalização, a partir de certas previsões legais específicas, dos deveres de prevenção do perigo, ou seja, pela consagração jurisprudencial de uma extensa variedade de deveres de organização, segurança, vigilância, instrução e outras condutas destinadas a controlar o potencial de risco de uma fonte de perigo”.<sup>23</sup> A não observância de tais deveres, por si só, já caracteriza o exercício abusivo do direito, “não sendo necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito; basta que se excedam esses limites”.<sup>24</sup>

Nosso atual Código Civil<sup>25</sup> manteve a estrutura clássica ressarcitória ancorada na culpa (teoria subjetiva), mas previu a responsabilidade sem culpa “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”<sup>26</sup> com ampliação, assim, das hipóteses de responsabilização objetiva, inserindo as cláusulas gerais referentes ao abuso de direito (art. 187), ao exercício da atividade de risco (art. 927, par. único) e aos danos causados por produtos (art. 931).

Foi um tímido avanço, é bem verdade, uma vez que já havíamos instituído por lei anterior, vinte anos antes, ao menos em matéria ambiental, a responsabilidade independentemente da verificação da culpa.<sup>27</sup> O mesmo caminho – objetivação da responsabilidade – foi trilhado pelo legislador consumerista.<sup>28</sup>

A responsabilidade sem culpa (ou objetiva) decorre – percebe-se com facilidade – da reação dogmática e jurisprudencial às lesões sofridas (e não indenizadas) pelas novas vítimas da sociedade de risco<sup>29</sup>, baseando-se a primeira vertente na assim dita “responsabilidade

---

<sup>23</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. **Contratos e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra, 1994.

<sup>24</sup> VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

<sup>25</sup> Lei n. 10.406/2002. Síntese adequada pode ser encontrada em NETO, Eugênio Facchini. **Da responsabilidade civil no novo código**. Revista TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010.

<sup>26</sup> Artigo 927, parágrafo único do CCB/2002.

<sup>27</sup> Assim prevê a Lei n. 6.938/1981, em seu artigo 14, §1º: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

<sup>28</sup> Lei n. 8.078/1990, especialmente o seu artigo 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

<sup>29</sup> E aqui nos utilizamos da expressão no sentido apresentado por BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011. Veja-se, especialmente, página 33: “Riscos vividos pressupõem um horizonte normativo de certeza perdida, confiança violada”.

extracontratual decorrente do ato anormal” (vinculada à responsabilidade de vizinhança, como já antes referimos) e, a segunda, conhecida como “responsabilidade extracontratual no risco-criado”, não se afigurando “justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia”.<sup>30</sup>

Como toda nova teoria em densificação, ainda hoje levantam-se vozes em desfavor da adoção, sem mais aquela, da teoria do risco no que se refere à responsabilidade civil, em qualquer de suas perspectivas mais usuais (risco integral, risco-proveito, risco criado) afirmando-se ser ela filha dileta do positivismo e, portanto, impregnada de uma concepção materialista do direito, reguladora de relações entre patrimônios, não entre pessoas. Em suma, trata-se de uma noção desumanizada do direito. Referem, também, estar a teoria impregnada de ideias socialistas, deslocando o centro da discussão do indivíduo para a sociedade, sem ganhos reais, e questionando, por fim, a própria definição de interesses sociais. Ademais, destacam o caráter injusto da objetivação, pois pouco ou nada significa o esforço no sentido da prudência, irreprovabilidade da ação, precauções e cautelas, podendo haver responsabilização e indenização mesmo que lícita a conduta do agente, o que serviria de sério desestímulo à boa conduta. Trata-se, pois, de indesculpável regresso às primitivas ideias da vingança privada e brutal. A prevalecer a teoria do risco-proveito, por exemplo, seria legítimo exigir a contrapartida dos terceiros que venham a auferir ganhos com a atividade do virtual lesante. Por último, destacam a inconsistência do conceito da expressão “proveito”, tudo a comprometer “gravemente a própria ordem social”.<sup>31</sup>

Contra-atacam os defensores da teoria do risco (e da responsabilidade objetivada, decorrentemente) dizendo que, “embora partindo do fato em si mesmo para fixar a responsabilidade, tem ela (a teoria do risco) raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e equidade”. Assim, “foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa [...] que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham empresas poderosas”, anotando com isso serem superadas as dificuldades notórias no estabelecimento (conhecimento e prova) das causas dos acidentes, limitações essas que deixavam as vítimas, invariavelmente, sem reparação alguma. Ademais, o proveito obtido com a atividade do lesante (teoria do risco-proveito) não se determina

---

<sup>30</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.119.

<sup>31</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.191.



concretamente, mas “é tido como finalidade da atividade criadora do risco” (cuida-se, portanto, da noção de “proveito normalmente realizável”, e não do “proveito efetivo”). Ademais, se impreciso o conceito de risco, o que dizer da vaguidade da expressão “culpa”?<sup>32</sup>

Mesmo diante da progressiva adoção e alargamento aplicativo da teoria do risco, há espaços em que se faz necessária a aplicação da teoria subjetiva, fulcrada na culpa, e em alguns casos, como na hipótese de ressarcimento pelo dano em eventos aleatórios, foi necessário migrar para a técnica das presunções e, ao final, para outros métodos responsabilizatórios.

De tudo, pode-se concluir o tópico com a elegante advertência de Castanheira Neves: “O momento fundamental da autonomia do indivíduo confronta-se com o momento da integração e da responsabilidade civil, pois se o homem é o senhor de seus actos (e de seus efeitos queridos, previsíveis e estáveis), é por isso também deles (e desses seus efeitos) responsável: é chamado a responder por eles”.<sup>33</sup>

## **2. A INSUFICIÊNCIA DA CULPA COMO CRITÉRIO RESPONSABILIZADOR NAS HIPÓTESES DE EVENTOS ALEATÓRIOS: O PAPEL DA INCERTEZA**

O mundo de antes, tem-se a impressão, se comparado com o tempo da era digital superconectado de hoje, era simples, estável, controlável, previsível. Naquele tempo (ou seja, em qualquer tempo antes de hoje), as mudanças eram lentas e a tecnologia avançava imperceptivelmente.

Agora, pode-se dizer que a marca do século XXI é a instabilidade, a dinamicidade das mudanças, a complexidade das relações e seus derivados, a rapidez informacional, a incontrollabilidade em todas as suas feições, a imprevisibilidade de resultados e do futuro e a incompreensão (esta, atingindo o âmago da sociedade pós-contemporânea, como demonstra o terrorismo religioso (*sic*) praticado na Europa).

Também nos domínios do Direito, em especial no sensível direito da responsabilidade civil, as marcas da incerteza se manifestaram vivamente. Afinal, como refere Chesterton, a única lei da

---

<sup>32</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.195/6.

<sup>33</sup> NEVES, Castanheira. Lições de introdução ao estudo do direito, 165, in JUNIOR, E. Santos. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

história é o imprevisto.<sup>34</sup> A insuficiência da culpa como critério ou elemento responsabilizador se fez sentir mais acentuadamente em situações relacionadas ao que se convencionou denominar “eventos aleatórios”.

Num primeiro estágio, simplesmente negava-se reparação civil à lesão de interesses sobre eventos aleatórios, justamente pela ausência de uma técnica apropriada para arrostamento do tema. Assim, havendo incerteza (acerca do nexo causal, especialmente, e sobre a definição clara de “qual dano”), deixava-se de indenizar a vítima, mesmo em situações de possível constatação de causalidade parcial.

Como não havia possibilidade de estabelecer relação causal entre o interesse aleatório violado e a conduta do demandado, não se tornava possível a indenização. Isto, juntamente com a incerteza acerca do prejuízo, tornava os danos não reparáveis e a vítima não ressarcida, em que pese a evidente sensação de injustiça e incompletude sistemática que a situação desvelava.

É que, no modelo clássico de responsabilidade civil, cabe ao autor provar que sofreu prejuízo certo, em relação causal com o ato imputado ao réu (relação entre incerteza do prejuízo e nexo de causalidade). Nenhuma dessas condições (prejuízo certo + relação causal) encontra-se presente nas hipóteses de lesão a interesses sobre eventos aleatórios. Há, neste caso, assimilação do interesse aleatório ao interesse inexistente.<sup>35</sup>

Percebeu-se, também, como explicitado acima, que havia aí uma inversão lógica patente, laborando a dúvida sempre em favor do lesante, e não da vítima. Para preencher o vazio, evoluiu-se primeiro para a admissão de presunções, entendidas desde o *Code* como “as consequências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido a um fato desconhecido”.<sup>36</sup>

Trata-se, a bem de ver, dum raciocínio probatório, a partir do estabelecimento de um nexo lógico “entre o fato inacessível à prova (objeto inicial de prova 'desconhecido') e o fato acessível (objeto deslocado de prova, 'conhecido')”.<sup>37</sup> Aqui, afirma-se a existência de um fato controverso a contar de elementos indiretos (um juízo de probabilidade, ou um nexo probabilístico). Em síntese, consubstancia-se a presunção judicial naquilo que vem a doutrina denominando de deslocamento

---

<sup>34</sup> MOREIRA: José Carlos Barbosa. **O futuro da Justiça**: alguns mitos. O Direito do Século XXI – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano 4/Nº 8 – 1º semestre/2000. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro: Executiva, 2000.

<sup>35</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a técnica na jurisprudência francesa. Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 922, agosto/2012, p. 139-71.

<sup>36</sup> Código Francês de 1804, artigo 1.349.

<sup>37</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a técnica na jurisprudência francesa. Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 922, agosto/2012, p. 139-71.

do objeto da prova.

Mesmo assim, permanece a incerteza no centro da discussão, impedindo, em várias situações, o ressarcimento devido.

Para equacionar o tema, elaborou a engenhosa jurisprudência francesa (só depois seguida pela doutrina) uma técnica de deslocamento não mais do objeto da prova, mas do objeto da reparação, bem ao gosto das teorias referentes aos direitos sociais que lá também vicejam.<sup>38</sup>

Assim, na busca da resolução do problema da lesão a interesses aleatórios, engendraram eles uma terceira alternativa, conhecida como “perda de chance” ou de oportunidade. “Ao invés de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto e que não tem ligação causal com o ato do réu – os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem. Não se trata de reconhecer uma nova espécie de prejuízo, mas uma verdadeira substituição de um prejuízo por outro”.<sup>39</sup>

Pode-se intuir que a aplicação da teoria da perda da chance, em certo sentido, constitui-se numa ampliação da responsabilização pelo risco-proveito, obviando a existência do liame de causalidade entre a conduta do réu e a perda da chance, e não propriamente com o dano definitivo.

O caminho, ficou claro, encontra-se aberto a novas técnicas ressarcitórias, inclusive com a utilização de lógicas não clássicas e especialmente no que se refere à recomposição-prevenção-indenização do dano ambiental, cuja vítima é anônima, e o bem protegido é invariavelmente coletivo (mais do que propriamente público).

### **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PÓS-CONTEMPORANEIDADE: MECANISMOS PARA ENFRENTAMENTO DO DESAFIO COLETIVO/DIFUSO AMBIENTAL – DA IRRESPONSABILIDADE À OPÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA***

Um dos paradoxos do mundo presente reside no fato de ter a democracia de massas reduzido a participação do cidadão-eleitor, quando muito, ao formal ato de votar, esgotando aí sua capacidade de envolvimento e coesão.

---

<sup>38</sup> Veja-se, por todos, a obra de EWALD, François. *L'état providence* [The Welfare State], Paris: B. Grasset, 1986, multicitada pelos meios intelectuais brasileiros.

<sup>39</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 922, agosto/2012, p. 139-71.

É, certamente, muito pouco para a efetiva criação de laços de solidariedade social, indispensáveis à manutenção do senso de pertencimento que nos singulariza e nos faz sentir incluídos, parte do todo, da sociedade-nação.

Por outro lado, e aí a contradição, diz-se que vivemos a era dos direitos sociais, “marcada pelo sentimento do *entitlement*, isto é, pela noção, de cada indivíduo, de estar qualificado para reivindicar uma segurança mínima na vida, um padrão mínimo de conforto”.<sup>40</sup>

A discussão que agora se quer apresentar é esta: qual o impacto, para a responsabilidade civil, da guinada epistemológica havida em direção à socialização do direito em detrimento das estruturas de garantia dos direitos individuais? O argumento socializante é sincero e vale para acomodar as necessidades originadas da sociedade de risco? Como compatibilizar a antiga arquitetura do direito positivo e de seus Tribunais com as necessidades coletivas decorrentes da complexidade dos tempos atuais? Como pode a responsabilidade civil auxiliar no combate à degradação ambiental? E, mais importante para o fim aqui colimado, mostram-se os mecanismos jurídicos tradicionais relativos à responsabilidade civil suficientemente aptos para cumprir a missão constitucional de preservar, restaurar e proteger o meio ambiente? Ou será necessário constituir um “regime diferenciado” de responsabilidade civil pelo dano ambiental?<sup>41</sup>

Para bem colocar o tema, não obstante, é necessário aceitar que só há liberdade efetiva quando se tem presente, concomitantemente, o sentido de cumprimento de dever social.<sup>42</sup> É essa a emergência atual!

A polêmica não é nova, constatando Duguit, no início do século XX, que “o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social”.<sup>43</sup>

Percebeu-se que poderíamos “ter uma economia de mercado, mas não uma sociedade de mercado”, como referiu George Soros<sup>44</sup>, uma vez que “a solidariedade social é que constitui os

---

<sup>40</sup> FARIA, José Eduardo. KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 19.

<sup>41</sup> Encartadas no artigo 225 da Constituição Federal.

<sup>42</sup> DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 28.

<sup>43</sup> DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 16.

<sup>44</sup> FARIA, José Eduardo. KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 50.

liames que mantêm os homens unidos”.<sup>45</sup>

É bom destacar, todavia, que a concretização dos direitos sociais depende de “orçamento em volume suficiente para financiar as políticas públicas necessárias à sua implementação”.<sup>46</sup> Este, certamente, constitui outro aspecto (importante) da discussão, mas que aqui não será abordado.

Agora, e encaminhando resposta às provocações acima indicadas, constata-se coabitarem no mesmo espaço e cronologia jurídicos o sentimento individual e a necessidade coletiva com afetação indelével, para o que aqui nos interessa, da concepção clássica de responsabilidade civil.

Nesse imenso cipoal argumentativo, o que se percebe – e ainda nos encontramos no caminho das respostas preliminares aos questionamentos atrás formalizados – é o “(re)aparecimento da responsabilidade civil como ingerência jurídica de certo modo atrasada no movimento de proteção ambiental”.<sup>47</sup>

Na ainda incipiente atmosfera dos direitos difusos, de concepção marcadamente processual, “mas hoje categoria aplicável a todos os domínios do sistema jurídico, interesses ou direitos difusos são, de modo simplificado, aqueles que têm como titulares grandes parcelas de pessoas não representadas adequadamente por porta-vozes unívocos e individualizados; é nebulosa sua terminologia, que se encontra submersa numa constelação de noções concorrentes”.<sup>48</sup> É ele estruturado a partir da “transindividualidade real ou essencial ampla, indeterminação de seus sujeitos, indivisibilidade e indisponibilidade, vínculo apenas fático a unir os sujeitos, ausência de unanimidade social (o que os diferencia do interesse público) e ressarcibilidade indireta”.<sup>49</sup>

Desnecessário maior esforço argumentativo para concluir, portanto, que o direito ambiental enquadra-se como típico direito coletivo, por atender a interesses supraindividuais, mas mesmo aqui, é indispensável sublinhar, “o meio ambiente tem, ao lado da perspectiva difusa,

---

<sup>45</sup> DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 22.

<sup>46</sup> FARIA, José Eduardo. KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 113.

<sup>47</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Brasília: BDJur. [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf). Acesso em 20/11/2016, p. 4.

<sup>48</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. Brasília: BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>. Acesso em 20/11/2016.

<sup>49</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. Brasília: BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>. Acesso em 20/11/2016, p. 27.

repercussões coletivas *stricto sensu*, individuais homogêneas e mesmo exclusivamente individuais e públicas”.<sup>50</sup>

Por tais razões, coerentes e consistentes, abonamos a tese dos que sustentam um regime ressarcitório diferenciado para atender às especificidades do dano ambiental, até porque “a proteção do meio ambiente é informada por uma série de princípios que a diferenciam da vala comum dos conflitos humanos”.<sup>51</sup>

Importa lembrar, mesmo que ligeiramente, que o mais importante e específico princípio atrelado ao meio ambiente é o que se denomina “princípio da precaução”, o qual nasceu da necessidade de se responder às seguintes indagações: “diante da incerteza científica quanto à periculosidade ambiental de uma dada atividade, quem tem o ônus de provar sua inofensividade? [...] Em outras palavras, suspeitando que a atividade traz riscos ao ambiente, [...] deve a intervenção pública ocorrer somente quando o potencial ofensivo tenha sido claramente demonstrado [...], amparado num raciocínio de probabilidades, ou, nos termos do Direito Civil codificado, num regime de previsibilidade adequada?”<sup>52</sup>

Por aí se vê, sem necessidade de elaboração mais detida, que os conceitos de “certeza” e “previsibilidade”, tão caros ao direito criminal e civil clássicos, são afastados pelo microsistema do direito ambiental, a fim de emprestar-lhe operabilidade e efetividade.

Assim posto, podemos apresentar um quadro analítico simplificado daquilo que denominamos mecanismos para enfrentamento do desafio coletivo ambiental a partir da responsabilização civil na pós-contemporaneidade.

Em nossa leitura, sem aqui aprofundarmos a exposição, temos como possível identificar três fatores definidores da mudança do eixo ressarcitório *pro natura*: 1. socialização do direito de danos, com inegável alargamento das hipóteses de proteção estendida da vítima (coletividade), a partir da análise via direito responsivo; 2. aplicação de novas técnicas de solução de conflitos e 3. métodos interpretativos não-convencionais para atender demandas de litigiosidade complexa.

---

<sup>50</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Brasília: BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>. Acesso em 20/11/2016, p. 32.

<sup>51</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Brasília: BDJur. [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf). Acesso em 20/11/2016, p. 20. Para uma alentadora e profunda incursão sobre os “princípios ambientais”, consultar a excelente obra de SARLET, Info Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>52</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Brasília: BDJur. [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf). Acesso em 20/11/2016, p. 20.

### 3.1. A socialização do direito de danos: o modelo responsivo

Muito já se escreveu acima acerca da ampliação das hipóteses ressarcitórias (partindo-se da ideia inicial da culpa como fundante da responsabilização civil, passando pelas presunções (legais e judiciais), inversão do ônus probatório até às teorias do risco), valendo apenas destacar a forte tendência de a responsabilidade objetiva rumar ao conceito de *garantia*<sup>53</sup>, utilizando-se o legislador, para tanto, de cláusulas gerais e de conceitos vagos e indeterminados para balizar o caminho, deixando ao Juiz a aplicação conscienciosa das técnicas quando da análise e julgamento do caso concreto.<sup>54</sup>

Assim, e amplificando os limites do tema, tem-se afirmado que não apenas direitos (sejam absolutos ou relativos), mas igualmente interesses são dignos de tutela jurídica protetiva, e sua lesão obriga igualmente à reparação.<sup>55</sup>

A socialização do sistema indenizatório – para os fins aqui perseguidos, isto é, para o alargamento da proteção ambiental, dentro dos estreitos limites funcionais da técnica – pode ser bem apreciada pela lente do direito responsivo.

Apresenta-se o direito responsivo como facilitador das respostas às necessidades sociais, porque orientado à busca de fins concretos (forma finalista). Trata-se de uma visão de direito tendencialmente mais aberta e, concomitantemente, mais particularista que o direito clássico, lastreada nos já comentados princípios gerais e conceitos de textura aberta, fornecendo maior e mais rápida capacidade adaptativa ao Direito, sem necessariamente intervir de forma direta noutros sistemas sociais.<sup>56</sup>

### 3.2. Aplicação de novas técnicas de solução de conflitos: teorias do cúmulo, do conglobamento e do conglobamento orgânico

---

<sup>53</sup> Acerca do tema – garantia – veja-se MONTEIRO, Sínde. **Rudimentos da responsabilidade civil**. Revista da Faculdade de Direito do Porto, 2005: 349-90.

<sup>54</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade. V 9, n. 29, p. 233-58, jul/dez 2006.

<sup>55</sup> Para uma visão da teoria dos interesses negativos e positivos, veja-se a obra clássica de PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, especialmente p. 14-41.

<sup>56</sup> NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2 ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

Uma vez evidenciada a ambiência necessária à proteção das vítimas via emprego e aplicação dos direitos sociais, novas técnicas de solução de conflitos coletivos (e não mais apenas intersubjetivos) se mostraram imprescindíveis, em especial no pertinente à danosidade ambiental.<sup>57</sup>

Para tanto, um sem-número de mecanismos são mobilizados no sentido de preservar, o mais possível, a ideia medular da ressarcibilidade integral e efetiva do lesado (a coletividade).

Dentre esses métodos, merece destaque a teoria do cúmulo (tomista ou atomista), consistente na admissibilidade inicial de várias fontes normativas para análise e julgamento da causa (dano, nexos de imputação, nexos causais) sendo empregadas as regras mais favoráveis (e só as favoráveis) de cada fonte à parte prejudicada (trabalhador, vítima, consumidor).

Trata-se, em síntese pouco refinada, de uma espécie de “mix” normativo, escolhendo o julgador, ao seu talante e com vistas à proteção dos interesses do prejudicado, aqueles dispositivos que entender mais aptos ao desiderato, sem necessariamente observar aspectos sistêmicos ou funcionais, apenas importando que, ao final, a resposta seja a mais favorável possível à vítima.

Da mesma forma, tem-se desenvolvido a teoria do conglobamento (ou do conjunto) como método para solução dos conflitos, muito próxima da anterior. Nesta, todavia, ao contrário do que se viu naquela (teoria do cúmulo), não se fracionam preceitos ou institutos jurídicos, respeitando-se o conjunto temático. Após o cotejo dos conjuntos, prevalece o diploma que se mostrar, no todo, mais favorável à parte prejudicada (à vítima). Parece ser este o método utilizado no Brasil para atendimento dos vulneráveis habituais (consumidores e trabalhadores, por exemplo), como também às vítimas de danos ecológicos.

Finalmente, tem-se lançado mão do método denominado conglobamento orgânico ou eclético, também conhecido como “teoria intermediária”, muito próxima da anterior, apenas que mitigada, para que não se onere demasiadamente uma das partes (designadamente, o lesante).<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> É de se registrar que no terreno da “conflituosidade coletiva” os agentes agressores/degradadores, em razão da própria atividade, constituem-se em *repeat players*, ao passo que as vítimas “difusas” ou mesmo identificáveis constituem-se, normalmente, de cidadãos-litigantes denominados *one shotter*, presumivelmente vulneráveis e econômica, técnica e informacionalmente hipossuficientes, em regra, em relação à pessoa jurídica degradadora. “Em verdade, o litigante forte, podendo resistir com menor sacrifício aos inconvenientes da longa duração dos pleitos, tem todo o tempo do mundo. O lapso temporal é seu grande aliado”. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Brasília: BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688>. Acesso em 20/11/2016, p. 45-7.

<sup>58</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.



Desta forma, poderá o aparato legislativo-ambiental na sua face civil-indenizatória servir de forma mais concreta à evitabilidade e à reparabilidade integral do dano ecológico, a partir da definição do que se entende por “fim de proteção da norma” permitindo-se assim, inclusive, a “flexibilização do entendimento da causalidade, de modo tal que resulte completamente possível, como sucede na atualidade, abandonar a lógica da certeza e entrar no plano da probabilidade”.<sup>59</sup>

A incerteza e o desconhecimento ínsito que cercam os eventos aleatórios constituem, como visto, indicativos da incapacidade de resposta efetiva à conflituosidade ecológica pela abordagem ressarcitória tradicional, sendo um dos caminhos possíveis à responsabilidade civil pós-contemporânea a aplicação da técnica do conglobamento.

### **3.3. Métodos interpretativos não-convencionais para atender demandas de litigiosidade complexa: o tópico-problemático e o hermenêutico-concretizador**

Por possuir o tema ambiental – também na sua face reparadora civil – inegável matriz constitucional, parece oportuno relembrar os métodos interpretativos da normativa maior.

Listam-se, usualmente, seis métodos de interpretação constitucional: o hermenêutico-clássico, o científico-espiritual, o tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, o normativo-estruturante e o concretista da constituição aberta.<sup>60</sup>

Destes, interessam-nos agora o tópico-problemático e o hermenêutico-concretizador, modelos considerados não convencionais pela doutrina. O primeiro, por sua importância histórica. O segundo, porque aplicado ao tema ambiental na abordagem por nós pretendida.

O método tópico-problemático encontra fundamento na tópica (pede-se perdão pela necessária redundância) de Theodor Viehweg<sup>61</sup>, sendo ele o “ponto de partida do preenchimento do grande vácuo deixado pela herança do positivismo lógico-dedutivo”.<sup>62</sup>

Dito de maneira singela e sumariada, faz Viehweg uma opção interpretativa de natureza

---

<sup>59</sup> SOLÍS, Luis Alberto Tisnado. **Fundamentos dogmáticos de la causalidad y la moderna teoría de la imputación objetiva**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 19.

<sup>60</sup> Uma excelente síntese dos métodos interpretativos não convencionais pode ser encontrada em SARAIVA, José. **Recurso Especial e o STJ**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. Hoje, no Brasil, abunda bibliografia nacional e estrangeira respeitante à hermenêutica constitucional. Vejam-se, por todos, e apenas a título ilustrativo: HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>61</sup> Excelente e singular abordagem da tópica nos é fornecida por ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

<sup>62</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

declaradamente prática na busca da resolução do problema a partir do próprio problema, contando, para isso, com a tectura aberta das normas constitucionais (a Constituição é um sistema aberto de normas, diz ele). Portanto, parte Viehweg do problema para a norma, e não da norma para o problema, aparecendo o texto legal como um dos “topoi”, ao lado de outros.

Como método aporético que é, vem utilizado as mais das vezes para exame dos denominados *hard cases*, os casos complexos, na busca de soluções razoáveis (as melhores possíveis, na conjuntura) para o impasse. Vê-se, de pronto, na utilização do método, a possibilidade de incontornável casuísmo, com debilitação da segurança jurídica, certeza e coerência dos julgados porque, aqui, cada problema comporta uma solução (a sua solução).

Porém, mostra-se inegável a utilidade da tese tópica, notadamente quanto ao preenchimento de espaços legislativos (lacunas legais), quando da inexistência de norma para resolução do caso concreto. E não se pode olvidar que, de fato, problemas semelhantes admitem, dadas as circunstâncias de tempo e lugar, por exemplo, respostas judiciais distintas.

O método concretizador, de seu lado, não se singulariza pela prevalência do problema sobre a norma, mas também não supervaloriza o texto legal. A escolha do “topoi”, pelo julgador, tem como fronteira a Constituição<sup>63</sup>, posicionando-se o concretizador, por isso, para além da tópica, admitindo soluções desvinculadas do texto, com ultrapassagem de seus limites hermenêuticos, daí surgindo a “norma de decisão”.<sup>64</sup> Todavia, na hipótese de colisão entre “realidade” e “norma constitucional”, esta (a Constituição) não deve necessariamente ceder àquela (aqui surge a noção de “força normativa da Constituição”, de que nos fala Hesse).<sup>65</sup> O que importa é a relação contextual estabelecida entre problema e norma, seu condicionamento recíproco.

Em boa dose, constitui-se o método concretizador na aplicação da exposição do pensamento de Heck: “Não trabalhamos para receber o predicado ‘ciência’, mas antes para servir à vida”.<sup>66</sup>

Por isso, importa a tarefa de valoração normativa, de uma “ciência prática do Direito”,

---

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>64</sup> Essa a expressão empregada por CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina.

<sup>65</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 2009.

<sup>66</sup> A expressão é de Philipp Heck, citado por PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 61.

atenta “ao seu significado para a vida, para os interesses que encontra e sobre que incide”.<sup>67</sup> Daí que sua “perspectivação semântica é sempre final ou teleológica”, não se satisfazendo com o conceitualismo de uma “mera fórmula linguística”.<sup>68</sup>

A “chave” do método concretizador está em observar que o entendimento da norma requer uma pré-compreensão por parte do intérprete/julgador, uma expectativa legítima de sentido que se pode dele aguardar, em razão da também lúdica pressuposição de que ele reúne condições intelectuais e informacionais que o gabaritam e habilitam.

Por essa razão, mostra-se o método hermenêutico-concretizador adequado ao enfrentamento das questões relacionadas à responsabilidade civil hauridas da danosidade ecológica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil, uma vez adequadamente aparelhada com a nova tecnologia jurídica e modernizada para enquadramento dos fenômenos relativos à danosidade difusa, poderá ser de grande utilidade, mesmo que coadjuvante, à preservação, restauração e proteção ambientais.

O sistema ressarcitório clássico, antropocêntrico por excelência, calcado na culpa do lesante, e mesmo os seus aperfeiçoamentos posteriores, como a presunção de culpa, inversão do ônus da prova e até a responsabilidade objetiva, não lograram alcançar os fenômenos danosos da pós-contemporaneidade, porque estes possuem uma plataforma diversa, difusa, caracterizada por danos causados ao longo do tempo, havendo imensa dificuldade na definição clara da particular contribuição dos agentes à degradação ambiental e, mesmo, de quem seriam as vítimas (presentes e futuras), sem contar a natural intransponibilidade da caracterização do nexo causal e mesmo do dano.

Por isso é necessário abrir-se a uma postura ecocêntrica também no que se refere à responsabilização civil, o que implica a assunção das técnicas e métodos aqui colocados: direito responsivo, conglobamento e sistema hermenêutico-concretizador.

---

<sup>67</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 61.

<sup>68</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, vol., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 58.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Brasília:

BDJur. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A>. Acesso em 20/11/2016.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Brasília: BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688>. Acesso em 20/11/2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, ano 101, vol. 922, agosto/2012, p. 139-71.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996.

EWALD, François. **L'état providence** [The Welfare State], Paris: B. Grasset, 1986.

FARIA, José Eduardo. KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FRADA, Manuel Carneiro da. **Contratos e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 2009.

JOSSERAND, Étienne Louis. **L'évolution de la responsabilité**. *Apud* LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MONTEIRO, Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito do Porto**, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. V 9, n. 29, p. 233-58, jul/dez 2006.

MOREIRA: José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. **O Direito do Século XXI – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Ano4/Nº 8 – 1º semestre/2000. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro: Executiva, 2000.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista TST**, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010.

NEVES, Castanheira. Lições de introdução ao estudo do direito, 165, *in* JUNIOR, E. Santos. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2 ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade Civil por Dano Ambiental: Considerações de Ordem Material e Processual. In: **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 444-70.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, especialmente p. 14-41.

PROSSER, W. L. **Handbook of the law of torts**. St. Paul, Minn., West Publishing CO., 1971, p. 6, *apud* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental

no direito brasileiro e as lições do direito comparado. BDJur, 1998, p. 18.

<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8632>, acesso em 16/11/2016.

ROCHA, Maria Victória. **A imputação objectiva na responsabilidade contratual**. Revista de Direito e Economia. RDE, Ano XV, 1989, p. 78-100.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SARAIVA, José. **Recurso Especial e o STJ**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**. Tradução de Maria Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 17 e 18. Título original: *Elementi di teoria politica*.

SOLÍS, Luis Alberto Tisnado. **Fundamentos dogmáticos de la causalidad y la moderna teoría de la imputación objetiva**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008.

VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

# **O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO IMPULSIONADO PELO MOVIMENTO DAS “DIRETAS JÁ” E A AMEAÇA À SUSTENTABILIDADE SOCIAL DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DE ELEIÇÕES DIRETAS NO CASO DE CASSAÇÃO DA CHAPA PRESIDENCIAL NOS ÚLTIMOS DOIS ANOS DO MANDATO**

**Maria Eugênia Furtado<sup>1</sup>**

**Thaís Vandresen<sup>2</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

O movimento “Diretas Já” culminou com o processo de redemocratização, materializado pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Dentre as regras constitucionais constam as eleições diretas para Presidente da República.

A democracia nos dias atuais enfrenta um momento de instabilidade política, visto que o atual Presidente da República responde duas ações eleitorais que tramitam no Tribunal Superior Eleitoral, além de pedidos de Impeachment protocolados na Câmara dos Deputados, tornando-se uma possibilidade a realização de eleição indireta, diante da vacância do cargo de Presidente e Vice-Presidente da República.

Como alternativa, discute-se a aprovação da PEC 227/2016 que propõe eleições diretas para Presidente da República, excetuando-se os seis últimos meses do mandato presidencial.

O presente estudo objetiva analisar se a referida alteração no texto constitucional é uma ameaça à sustentabilidade social.

## **1. MOVIMENTO DIRETAS-JÁ E A TRANSIÇÃO DO REGIME MILITAR**

Antes do golpe militar de 1964, registre-se que o último Presidente da República eleito

---

<sup>1</sup> Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Professora de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/Santa Catarina. Brasil. Endereço eletrônico: mariaeugenia@figueiredoefurtado.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direito Pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Professora de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/Santa Catarina. Brasil. Endereço eletrônico: thaïsvandre@gmail.com

diretamente pelo povo foi Jânio da Silva Quadros em 1960<sup>3</sup>. Na mensagem do Presidente Jânio da Silva Quadros remetida ao Congresso Nacional, na abertura da sessão legislativa de 1961, constou o registro que o recém empossado Presidente da República estava recebendo o “Governo em aparente normalidade política”<sup>4</sup>, contudo, seu período de governo durou aproximadamente 6(seis) meses, pois diante das pressões políticas, renunciou ao mandato em agosto de 1961. Naquele momento histórico, ao que pese as normas constitucionais que estavam em vigor, o Vice-Presidente da República foi impedido pelos Ministros Militares de assumir a função<sup>5</sup>.

Em 2 de setembro de 1961 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 4, que instituiu o sistema parlamentar de governo, passando a ser indireta as eleições para a Presidência da República, já que o direito do voto era restrito aos Congressistas, extinguindo, inclusive, o cargo de Vice-Presidente da República<sup>6</sup>.

Em 1967 foi outorgada a Constituição da República Federativa do Brasil que institucionalizava a ditadura do Regime Militar de 1964<sup>7</sup>. O referido ato normativo disciplinava no artigo 76 que o Presidente da República seria eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, composto pelos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, sendo que cada Assembleia poderia indicar 3(três) Delegados e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos, no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro Delegados<sup>8</sup>.

O AI 5, considerado o mais severo dos atos institucionais datados de 1964 a 1969, suspendeu a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes e disciplinou os poderes do Presidente da República para decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos;

---

<sup>3</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diretas Já 30 anos**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/diretas/index.html>. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>4</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Mensagem remetida ao Congresso Nacional pelo Presidente Jânio Quadros no ato da abertura da sessão legislativa de 1961**. Disponível em: <file:///C:/Users/E/Desktop/mensagem-ao-congresso-nacional-janio-quadros-1961.pdf>. Acesso em 04 junho 2017.

<sup>5</sup> BRASIL. **Biblioteca Presidencial Jânio da Silva Quadros**. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>6</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Constitucional n. 4, de 1961 que institui o sistema parlamentar de governo**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-4-2-setembro-1961-349692-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>7</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituições brasileiras**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf>. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>8</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em 01 junho 2017.



recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; excluiu da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes<sup>9</sup>.

O período de repressão resultante de um regime que, a princípio, se propôs temporário e de transição, aliado aos insucessos econômicos, ao final da década de 1970, começaram a desabrochar consciências políticas capazes de confrontar o regime militar que se tornara excessivamente opressor no qual a sociedade civil estava imersa havia quase duas décadas, legitimando o movimento “DIRETAS JÁ”.

Neste cenário político, o Deputado Federal Dante de Oliveira, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB<sup>10</sup>, apresentou o Projeto de Emenda Constitucional das “DIRETAS JÁ” (PEC nº. 5 de 1983). Durante a campanha eleitoral para Deputado Federal do Estado do Mato Grosso, Dante de Oliveira percebeu que nos comícios e nas reuniões, quando defendia a necessidade do povo eleger o Presidente da República, a resposta “era sempre mais forte”, conseqüentemente, em 02 de março de 1983, apresentou o Projeto de Emenda à Constituição com o objetivo de estabelecer eleições diretas para Presidente da República<sup>11</sup>.

Desta forma, o movimento DIRETAS JÁ objetivou restabelecer o direito de o povo eleger diretamente seus representantes. Em apoio a Dante de Oliveira, Ulysses Guimarães, também defendeu a proposta de redemocratização<sup>12</sup>.

Nesta altura, se acreditava que eleições diretas seria a melhor alternativa para consolidar a redemocratização e que somente essa “abriria maior espaço de ação às oposições e daria ao próximo presidente a sustentação política necessária para a incorporação de medidas de superação da crise econômica”<sup>13</sup>. Várias foram às manifestações populares em defesa do movimento “DIRETAS JÁ”, visto que era um anseio da Sociedade a redemocratização do Brasil.

Somente em 1984 que as manifestações da Sociedade e a movimentação das organizações associativas como a Ordem dos Advogados do Brasil, as federações e sindicatos dos trabalhadores, com o apoio ostensivo da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil se tornaram mais

<sup>9</sup>BRASIL. Palácio do Planalto. **Atos institucionais**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/porta-legis/legislacao-historica/atos-institucionais> Acesso em 02 junho 2017.

<sup>10</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Diretas Já 30 anos**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/diretas/index.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

<sup>11</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Diretas Já 30 anos**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/diretas/index.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

<sup>12</sup> RODRIGUES, Alberto Tosi. **Diretas Já: O grito preso na garganta**. Editora Fundação Perseu Abramo. 2003. p. 38.

<sup>13</sup> BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. **A campanha das diretas e a democratização**. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2007. p. 99.

explícitas<sup>14</sup>.

Em 17 de abril de 1984 ocorreu o último comício da campanha pró “DIRETAS JÁ”, no vale do Anhangabaú, em São Paulo, com um público de 1,7 (um vírgula sete) milhão de pessoas, exigindo as eleições diretas em todos os níveis<sup>15</sup>.

Oito dias após o último comício, mais especificamente, em 25 de abril de 1984, em sessão do Congresso Nacional, a matéria foi colocada em votação, mas não atingiu o quórum necessário para a aprovação. Dos Deputados Federais da respectiva legislatura, 298 (duzentos e noventa e oito) votaram a favor do Projeto de Emenda Constitucional das “DIRETAS JÁ”; 65(sessenta e cinco) votaram contra a aprovação do Projeto e registrou-se 3(três) abstenções<sup>16</sup>.

No dia da votação, o Governo Militar fez pressão para esvaziar a votação e consequentemente, 113 (cento e treze) Deputados Federais não compareceram, sendo 112 (cento e doze) do PDS, partido que era presidido por José Sarney<sup>17</sup>.

A pressão de grande parte da sociedade exercida pelas mobilizações das “DIRETAS JÁ” levou o governo a rever sua estratégia. Sua primeira ideia de eleger um sucessor por meio de eleições indiretas perdia espaço a cada momento, porém, mesmo a crescente mobilização política e social não foi capaz de garantir o sucesso da emenda de Dante de Oliveira.

Três meses depois, a Frente Liberal, uma dissidência do Partido Democrático Social – PDS realizou um acordo com o PMDB mediante o qual o Senador José Sarney (ex-PDS) foi indicado candidato a Vice-Presidente na chapa de Tancredo Neves (PMDB) à Presidência da República, dando origem a Aliança Democrática, que em 15 de janeiro de 1985 derrotaria o PDS na eleição no Colégio Eleitoral, obtendo 480 (quatrocentos e oitenta) votos<sup>18</sup>.

Desta forma, Tancredo Neves foi vitorioso nas eleições, já que no Colégio Eleitoral recebeu mais votos que o candidato governista Paulo Maluf, contudo, na véspera da sua posse, em 14 de março de 1985, foi internado em estado grave, assumindo interinamente o cargo o Vice-Presidente José Sarney<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed., Brasília: OAB Editora, 2002. p. 449.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**, p. 449.

<sup>16</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Diretas Já - 30 anos do Movimento**. <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/diretas-ja> Acesso em 02 de junho de 2017.

<sup>17</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Diretas Já 30 anos**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/diretas/index.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

<sup>18</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Diretas Já - 30 anos do Movimento**. <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/diretas-ja> Acesso em 02 de junho de 2017.

<sup>19</sup> BRASIL. **Biblioteca Presidencial Tancredo Neves**. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex>

José Sarney torna-se o Presidente da República, cargo que exerceu por 5(cinco) anos, até 15 de março de 1990.

Durante o governo de José Sarney (outubro de 1988) foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 que restabeleceu o voto direto para as funções do Poder Executivo, especialmente para os cargos de Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos.

A única possibilidade de eleição indireta foi prevista no artigo 81 que dispõe que no caso da vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleições em 30 (trinta) dias, se a abertura da última vaga ocorrer nos dois últimos anos do mandato presidencial e neste caso, caberá o Congresso Nacional decidir.

Registra-se duas passagens do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte – Ulysses Guimarães, realizado em 02 de fevereiro de 1987, considerando o objeto de estudo deste trabalho.

O primeiro é que o título de “Constituição Cidadã” não é gratuito, já que a CRFB/88 é fruto de considerável participação popular, consequência direta do movimento “DIRETAS JÁ”, tornando registrado o seguinte:

[...] O enorme esforço admissado pelas 61 mil e 20 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas no longo caminho das subcomissões até a redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam livremente as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento à procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. [...] <sup>20</sup>

A segunda passagem a ser registrada é que já no momento da promulgação da CRFB/88, Ulysses Guimarães alertou que o texto não era perfeito, pois admitia reforma: “[...] Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar,

---

presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>20</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>. Acesso em 31 maio de 2017.

sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. [...]”<sup>21</sup>

Em 1989, depois de aproximadamente 30 (trinta) anos sem escolher um candidato para Presidente da República, os cidadãos foram chamados às urnas. A escolha deveria ser realizada entre os 22 (vinte e dois) candidatos – um recorde de registro de candidatos na história brasileira.

Desta forma, Fernando Collor de Mello foi o primeiro Presidente eleito pelo voto popular depois do regime de exceção. Seu curto período de Governo foi marcado por escândalos de corrupção o que levou a Câmara dos Deputados a autorizar a abertura do processo de Impeachment em 02 de outubro de 1992, afastando o Presidente da República das suas funções<sup>22</sup>.

Na sessão de julgamento, realizada em 29 de dezembro de 1992, o Presidente Fernando Collor renunciou ao mandato para o qual fora eleito, contudo, tal providência não prejudicou o julgamento do Senado Federal que aprovou a inabilitação política de Fernando Collor de Mello por oito anos<sup>23</sup>.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, julgou improcedente, na sessão de 24 de abril de 2014, a Ação Penal nº. 465, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) contra o ex-presidente da República e atual senador Fernando Collor de Mello (PTB-AL), pela suposta prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva e peculato, previstos nos artigos 299, 312 e 317 do Código Penal, respectivamente<sup>24</sup>. Diante do Impeachment de Fernando Collor de Mello, em 29 de dezembro de 1992 foi empossado o então Vice-Presidente da República Itamar Franco.

## 2. AS QUATRO HIPÓTESES QUE ACARRETARIAM EM ELEIÇÃO INDIRETA E A VACÂNCIA DO CARGO DE PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Promanados do artigo 1º da CRFB/88, os direitos políticos solidificam o Estado brasileiro

---

<sup>21</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>. Acesso em 31 maio de 2017.

<sup>22</sup> BRASIL. Biblioteca **Presidencial - Fernando Collor de Mello.** Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>23</sup> BRASIL. Biblioteca **Presidencial - Fernando Collor de Mello.** Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>. Acesso em 03 junho 2017.

<sup>24</sup> BRASIL. Biblioteca **Presidencial - Fernando Collor de Mello.** Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>. Acesso em 03 junho 2017.

através de regras e princípios no controle, regulamentar ou atuante, da soberania popular. Portanto, provém destes a garantia de participação dos cidadãos no poder estatal de dominação.<sup>25</sup>

Em suma, separam-se os direitos políticos positivos (capacidade eleitoral de votar e ser votado) dos negativos (tornar-se inelegível, inalistável ou privado destes direitos). Dentro dos negativos, tem-se o procedimento por crime de responsabilidade durante o mandato presidencial denominado *impeachment* e, ao se tratar de crime eleitoral, a *cassação*.<sup>26</sup>

Trata-se, em vacância de cargo eletivo, do direito político negativo definitivo, podendo ser pelos dois institutos sobreditos, bem como a renúncia ou morte do Presidente e de seu Vice.<sup>27</sup>

O *impeachment* é sanção inerente aos crimes de responsabilidade em mandato eletivo (incisos do artigo 4º da Lei n. 1.079/50 c/c artigo 52, parágrafo único da CRFB/88), tendo rito próprio nas casas do legislativo federal e sendo presidido pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao instituto denominado cassação, trata-se da maneira de privar determinado indivíduo já eleito da integralidade de sua gestão, desde que comprovado abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, pelo disposto no artigo 14, parágrafo 10, da CRFB/88 na constância do procedimento eleitoral.<sup>28</sup>

Estes institutos se põem como sanções sentenciadas ante irregularidades supracitadas tendo, como efeito, além da inerente perda do cargo, a inelegibilidade, em regra, no prazo de 08 (oito) anos.<sup>29</sup>

Processualmente a sua aplicabilidade decorre, além de representação e recurso, da **ação de impugnação de mandato eletivo (AIME)** e da **ação de investigação judicial eleitoral (AIJE)**. Diferenciam-se, pois, eis que a primeira versa sobre a desconstituição da relação jurídica que embasa o direito de exercício do mandato eletivo conquistado contrariamente à lei.<sup>30</sup> Já a segunda, almeja demonstrar ilícitos durante a campanha eleitoral, isto é, abusos do poder

---

<sup>25</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016. 39ª ed. P. 351.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2015, 31ª ed. P. 218.

<sup>27</sup> SCOCUGLIA, Livia; GANTOIS, Gustavo; FALCÃO, Márcio; ALVES, Raquel. Quais os desdobramentos da delação da JBS? **JOTA**. 18 de maio de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/quais-os-desdobramentos-politicos-da-delacao-da-jbs-18052017>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

<sup>28</sup> ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo Eleitoral**: sistematização das ações eleitorais. Leme: JH Mizuno, 2016. 3ª ed. P. 331.

<sup>29</sup> ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo Eleitoral**: sistematização das ações eleitorais, p. 331.

<sup>30</sup> ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo Eleitoral**: sistematização das ações eleitorais, p. 349 - 351.

econômico ou político "que comprometam a lisura das eleições", desde que proposta entre o registro da candidatura e o ato administrativo que reconheça ao indivíduo como agente público de natureza eletiva, a diplomação.<sup>31</sup> Ambas competem seu julgamento, mediante arguição, ao Tribunal Superior Eleitoral.<sup>32</sup>

Cumpra sobressair, por fim, que não há vínculo de competência tão somente à pessoa em cargo eletivo, mas em razão da matéria. Esta que, caso descumprida após decisão judicial do respectivo Tribunal, poderá ensejar intervenção federal nos moldes do artigo 36, II, da Constituição Federal.<sup>33</sup>

No contexto jurídico-eleitoral contemporâneo brasileiro tinha-se duas das ações eleitorais supracitadas em andamento no Tribunal Superior Eleitoral. Trata-se da ação de impugnação de mandato eletivo nº 761 e a ação de investigação judicial eleitoral nº 1943-58, todas contra a chapa de Dilma Rousseff (PT) e Michel Temer (PMDB), em razão do suposto abuso de poder econômico.<sup>34</sup>

### 3. CASSAÇÃO DA CHAPA DILMA-TEMER E INSTABILIDADE POLÍTICA

Caso, anteriormente, houvesse a ocorrência comprovada de abuso de poder econômico durante o período eleitoral, vislumbrar-se-ia a cassação de Michel Temer, uma vez que Dilma Rousseff, ex-Presidente originária da chapa, foi condenada no processo de *impeachment* no ano de 2016.<sup>35</sup>

Quanto à inelegibilidade, há previsão desta penalidade como efeito à cassação, temporariamente (8 anos) contados a partir de 05 de outubro de 2014, data do primeiro turno, tornando inelegível Dilma até 04 de outubro de 2022.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. Bauru: Edipro. 2016. 16ª ed. P. 143 – 144.

<sup>32</sup> RAMAYAMA, Marcos. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus. 2016, 15ª ed. p. 650 – 653.

<sup>33</sup> DE SOUSA, José Franklin. **Manual de direito eleitoral**. Joinville: Clube de autores. 2015. p. 76

<sup>34</sup> IMPRENSA. Informações gerais sobre a Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358. **Tribunal Superior Eleitoral**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Marco/informacoes-gerais-sobre-a-acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>35</sup> GOMES, José Jairo. Cassação de Michel Temer, inelegibilidade e nova eleição: o julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE. **JOTA**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/cassacao-de-michel-temer-inelegibilidade-e-nova-eleicao-31032017>>. Acesso em: 04 de junho de 2016. Ressalta-se, inclusive, o fatiamento da sanção à ex-Presidente pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, destituindo-a do cargo de Presidente, mas sem a tornar inelegível pelo prazo de 8 (oito) anos, confrontando (ou dando novo entendimento) ao artigo 52, § único, CRFB/88.

<sup>36</sup> GOMES, José Jairo. Cassação de Michel Temer, inelegibilidade e nova eleição: o julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE. **JOTA**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/cassacao-de-michel-temer-inelegibilidade-e-nova-eleicao-31032017>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

Todavia, à Temer, verifica-se a discussão da pessoalidade inerente à inelegibilidade, visto que o artigo 22, em seu inciso XIV, da Lei Complementar nº 64 de 1990 demonstra a necessidade de contribuição para a prática do ato como requisito para imputação da respectiva sanção.<sup>37</sup>

Discussão esta que já está no Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 929.670, no qual se discute se tal medida para tornar inelegível o respectivo agente público é tão somente sanção ou se é um efeito da condenação. Se o Supremo decidir como efeito da condenação, a chapa integralmente seria penalizada. Portanto, tanto Dilma quanto Temer teriam inelegibilidade ao mesmo período de tempo.<sup>38</sup>

As ações baseiam-se, majoritariamente, em abusos econômicos cometidos pela chapa PT/PMDB, em tese, no ano de 2014. Há a hipótese de canalização de recursos contrários à lei, bem como a não declaração de valores ao fisco federal, também denominado "caixa 2".<sup>39</sup>

Após a juntada das alegações finais, estipulou-se a primeira quinzena de junho para julgamento em razão das supostas irregularidades na campanha da respectiva chapa.<sup>40</sup>

Alegou-se, em tese de defesa do Presidente Michel Temer, diferentes nulidades ao longo da instrução do processo, requerendo, inclusive, o desentranhamento das provas ilegais, seja nas oitivas, seja na investigação, supostamente parcial, do julgador por abuso dos poderes instrutórios do juiz com a busca *ex officio* de fontes de prova não requeridas pelas partes. Exemplifica seu embasamento no vazamento ilegal das delações premiadas perante a sociedade brasileira.<sup>41</sup>

Apesar disso, seu principal argumento foi que a conduta de Temer e Dilma devem ser separadas, contrariando o estipulado jurisprudencial do mesmo Tribunal quanto à responsabilização da chapa integralmente. Ainda, afirma-se que a responsabilidade de Dilma e de Temer são perfeitamente identificáveis, não se podendo sancionar ambos com destituição

---

<sup>37</sup> GOMES, José Jairo. Cassação de Michel Temer, inelegibilidade e nova eleição: o julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE. **JOTA**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/cassacao-de-michel-temer-inelegibilidade-e-nova-eleicao-31032017>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>38</sup> BATINI, Silvana. A cassação de Temer: teses e fatos. **JOTA**. 17 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/a-cassacao-de-temer-teses-e-fatos-17032017#>>. Acesso em 04 de junho de 2017.

<sup>39</sup> GOMES, José Jairo. Cassação de Michel Temer, inelegibilidade e nova eleição: o julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE. **JOTA**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/cassacao-de-michel-temer-inelegibilidade-e-nova-eleicao-31032017>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>40</sup> POLÍTICA. TSE marca para 6 de junho retomada do julgamento da ação da chapa dilma-temer. **EBC**. 16 de maio de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/tse-marca-para-6-de-junho-retomada-do-julgamento-da-acao-da-chapa-dilma>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>41</sup> ELEIÇÕES. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 1943-58. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

automática em razão do que fora praticado pela ex-Presidente.<sup>42</sup>

A defesa de Dilma Rousseff negou as acusações de utilizar propina e caixa dois para vencer a eleição de 2014. Concordou, entretanto, quanto à necessidade de anulação da oitiva na constância do processo. Por fim, afirma que não pesa sobre a Presidente destituída qualquer suspeita no envolvimento direto em pedidos de propina.<sup>43</sup>

Quanto à autoria das ações de cassação, o PSDB defendeu, através de manifestação, Michel Temer, o isentando destes nortes acusatórios, pedindo somente a cassação de Dilma Rousseff <sup>44</sup>. O pedido, entretanto, como supracitado, vai contra o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral quanto à responsabilização do feito, outrossim a compreensão de que a inelegibilidade é efeito da condenação, não sanção. Esta seria a cassação.

Caso Michel Temer restasse cassado, surgiria a força normativa disposta no artigo 81, parágrafo 1º da Constituição Federal, em razão da dupla vacância do cargo de Presidente da República no penúltimo ano do período presidencial, tendo a limitação temporal de trinta dias para a eleição indireta, isto é, pelo Congresso Nacional, seja do cargo de Presidente, seja do Vice em exercício.

Apontou-se, portanto, que tendo Dilma Rousseff e Michel Temer o mesmo efeito sancionatório na cassação, ambos não poderiam candidatar-se perante a Justiça eleitoral para a próxima eleição e a seguinte, ou seja, por oito anos. Garantir-se-ia a ordem constitucional perante a sua autoridade normativa e os embates críticos sociais, legais e econômicos que transcende o Estado brasileiro, alcançando toda a sociedade.<sup>45</sup>

Por fim, a tese da separação da chapa pela subjetividade dos atos praticados, perante o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral de que não pode concorrer à próxima eleição aquele que deu causa nesta, restou inexitosa a argumentação da chapa quanto à

---

<sup>42</sup> ELEIÇÕES. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 1943-58. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>43</sup> ELEIÇÕES. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 1943-58. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>44</sup> ELEIÇÕES. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 1943-58. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>45</sup> BOGOSSIAN, André. Por que eleições diretas não são a solução? **JOTA**. 29 de maio de 2017. Disponível em: <[https://jota.info/colunas/supra/por-que-eleicoes-diretas-nao-sao-a-solucao-29052017?utm\\_source=JOTA+Full+List&utm\\_campaign=dc6b54d8b4-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_06\\_02&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_5e71fd639b-dc6b54d8b4-380173641](https://jota.info/colunas/supra/por-que-eleicoes-diretas-nao-sao-a-solucao-29052017?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=dc6b54d8b4-EMAIL_CAMPAIGN_2017_06_02&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-dc6b54d8b4-380173641)>. Acesso em: 04 de junho de 2017.



separação de condutas.<sup>46</sup>

Na data de 09 de junho de 2017, por quatro votos a três, o Tribunal Superior Eleitoral absolveu a chapa de Dilma Rousseff e Michel Temer das acusações de abuso de poder político e econômico nas eleições de 2014, sob a ótica de que empreiteiras teriam feito doações oficiais através de finalidade diversa, haja vista contratos estabelecidos entre estes e a PETROBRAS.<sup>47</sup> Votaram a favor da cassação o Relator Herman Benjamin, Luiz Fux e Rosa Weber. Contra, Napoleão Nunes Maia, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira e, para desempate, Gilmar Mendes.

#### 4. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL E A PEC 227/2016: SUSTENTABILIDADE SOCIAL E DEMOCRÁTICA

A promulgação do texto constitucional de 1988 detém uma construção ideológica que almeja consagrar o Estado Democrático de Direito. Torna-se inerente que, para tanto, a única forma originária de poder, numa democracia, deveria partir do povo. Estabelece-se tal prerrogativa no artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88, que confirma a participação popular em toda e qualquer decisão de grande importância para a República<sup>48</sup>:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

Exprime espécie de exigência, já no início da Constituição, que a participação popular deve ser integral na vida política do país, tendo a participação "de todos e de cada uma das pessoas" nesta.<sup>49</sup>

Ao se conotar *princípio*, ressalta-se que este tem por objetivo o embasamento de determinado ordenamento jurídico. Há, portanto, um regramento que se fundamenta em valores e bens constitucionais, integrando o texto legal positivamente em sua base jurídica e elevando

<sup>46</sup> BATINI, Silvana. A cassação de Temer: teses e fatos. **Jota**. 17 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/a-cassacao-de-temer-teses-e-fatos-17032017#>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>47</sup> FALCÃO, Márcio. GANTOIS, Gustavo. Por 4 a 3, TSE absolve Michel Temer e Dilma Rousseff. **Jota**. 09 d junho de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/por-4-a-3-tse-absolve-michel-temer-e-dilma-rousseff-09062017>>. Acesso em: 19. Jul. 2017.

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa, promulgada em 1988. Art. 1º. **Lex**: disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

<sup>49</sup> CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. **Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 22

preceitos básicos de determinado organismo constitucional.<sup>50</sup>

O Estado Democrático de Direito, formalizado pela junção principiológica do Estado Democrático com o Estado de Direito, buscando o interesse coletivo do povo fundamenta-se em segurança jurídica e pluralismo político, bem como a convivência social de maneira livre, justa e solidária.<sup>51</sup>

A CRFB/88 não se afugenta no campo frio textual-normativo, mas na realidade, aplicando-se na sociedade e almejando a transformação do Estado na forma política, econômica e social, utilizando da legalidade para tais intervenções, elevando a ideia de justiça social, inclusive no ideal democrático como as eleições.<sup>52</sup>

A figura do regime político brasileiro se sustenta, portanto, de maneira eletiva, configurando a democracia como representativa, quanto aos representantes eleitos, e participativa, nos casos em que se necessite a figura direta do indivíduo opinante.

Este processo político, embasado na representação e autoridade legítima, possui o entendimento de que o poder reside no povo, devendo ser exercido em seu nome, pela figura de seus representantes eleitos temporariamente, bem como o Estado passa a se manifestar e decidir sobre a vontade real deste, "formulada, expressada e realizada", dotando de realidade o poder popular. O representante eleito deveria utilizar de seu mandato representativo para decisões acerca das políticas públicas e/ou normatizações de interesse público, todavia, este vem figurando no campo real com certa perda de identidade entre os eleitores, pelo distanciamento destes durante o mandato eletivo com a população.<sup>53</sup>

A representação é montada sobre o mito da "identidade entre o povo e representante popular" que tende a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo, que, em tal suposição, o povo se auto governa sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos; o povo, destinatário das decisões, e o *representante, autor, autoridade*, que decide para o povo.

A crise de legitimidade representativa figura no Estado brasileiro num contexto histórico onde não se vislumbra objetivamente um compromisso geral com os interesses dos cidadãos, mas tão somente com a espécie de elite econômica que desvincula a função social estatal e

---

<sup>50</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**, p. 92.

<sup>51</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**, p. 92.

<sup>52</sup> REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª ed. p. 2.

<sup>53</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2017, 40ª ed. P. 140.

proporciona ganhos individuais e empresariais, lícitos ou não, na esfera público-privada.<sup>54</sup>

O anseio por mudança, seja na esfera política, seja na esfera popular, condiciona à CRFB/88 ao cume hiperbólico de que não há eficácia em seu texto, devendo, portanto, sofrer nova emenda constitucional para convalidar a situação brasileira a curto prazo.<sup>55</sup>

Tratando-se da lei maior de um Estado, não há como se considerar a formalização de uma mudança em curto espaço de tempo, ainda que possa gerar parcialmente benefícios à República.

A construção constitucional passa por uma espécie de contrato social. Pacto, este, que figurou na Assembleia Constituinte até 1987, reiterando a necessidade de aceitação para plena eficácia no plano fático. Trata-se da *regra de conhecimento* que vincula a própria Constituição Federal, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o seu preâmbulo, da limitação à supremacia interpretativa do Poder Judiciário, bem como a mesma constrição ao poder de emenda à Constituição. Portanto, deve-se verificar quando se há determinação de recusa na aplicação de norma constitucional que ofereça solução, bem como alterá-la com o objetivo de evitar sua aplicação.<sup>56</sup>

A estipulação de cláusulas pétreas é exemplificação do intuito protecionista ao texto constitucional, principalmente com seus aspectos fundamentais. Não se pode contrair aventuras normativas por melhor aplicação em determinado momento, haja vista o risco de exposição e subjugação à precariedade legal, afetando, inclusive a segurança jurídica num contexto de precedentes.

A estabilidade constitucional deve permear os momentos de crise, devendo ser modificada somente com estudo aprofundado sobre o tema, para que o Estado Democrático de Direito, fortalecido pelo interesse público, seja sublime nas medidas tomadas supervenientemente.

Verificado o princípio democrático e a estabilidade constitucional condizente com o Estado Democrático de Direito e sua contemporaneidade inerente ao interesse público, vislumbra-se a

---

<sup>54</sup> STRECK, Lênio Luiz.; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 76 - 79.

<sup>55</sup> STRECK, Lênio Luiz.; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 76 - 79.

<sup>56</sup> BOGOSSIAN, André. Por que eleições diretas não são a solução? **JOTA**. 29 de maio de 2017. Disponível em: <[https://jota.info/colunas/supra/por-que-eleicoes-diretas-nao-sao-a-solucao-29052017?utm\\_source=JOTA+Full+List&utm\\_campaign=dc6b54d8b4-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_06\\_02&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_5e71fd639b-dc6b54d8b4-380173641](https://jota.info/colunas/supra/por-que-eleicoes-diretas-nao-sao-a-solucao-29052017?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=dc6b54d8b4-EMAIL_CAMPAIGN_2017_06_02&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-dc6b54d8b4-380173641)>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

análise do Projeto de Emenda à Constituição nº 227, de 1º de junho de 2016.<sup>57</sup>

Proveniente do Deputado Federal do Rio de Janeiro pelo partido REDE, Sr. Miro Teixeira (legislatura 2015/2019), a proposta prevê, em suma, eleições diretas no caso de vacância da Presidência da República, excetuando os seis últimos meses do mandato presidencial ainda como eleição indireta.

A justificativa, além da crise política que permeia o Estado brasileiro, permeia a não-arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 224 do Código Eleitoral, pelo que segue:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

[...]

§ 3º. A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados (incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

II – direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

Mesmo querendo o Congresso Nacional ter legislado tão somente sobre mandatos ilegítimos, obtidos mediante corrupção e fraude, nulos de pleno direito e afins, crendo não ser inconstitucional, o texto supracitado aparenta afrontar o dispositivo constitucional que versa sobre a referida dupla vacância na metade final do mandato presidencial, qual seja o artigo 81 da Constituição Federal e seus parágrafos.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 227 de 2016, hoje pronta para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), haja vista o seu regime especial de tramitação e sua sujeição ao plenário, convalidaria o disposto no Código Eleitoral, retirando a inconstitucionalidade quanto ao seu artigo 224, como também modificaria o texto constitucional

---

<sup>57</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº 227 de 1º de junho de 2017 de autoria do Deputado Miro Teixeira (REDE-RJ) . **Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania**. 1º de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016)>. Acesso em: 05 de junho de 2017

ao que segue:

Art. 81. [...]

§ 1º. Ocorrendo a vacância nos últimos seis meses do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. (Nova redação dada pela Proposta de Emenda à Constituição nº 227 de 2016).

Trata-se, portanto, de induzimento pela situação crítica supracitada no contexto brasileiro, onde a modificação legal, somada à hipótese de vacância pela cassação ou renúncia de Michel Temer, possibilitaria eleição direta ainda em 2017 ou até junho de 2018.

Todavia, além de Michel Temer aguardar sentença no Tribunal Superior eleitoral, a Proposta de Emenda à Constituição nº 227/2016 também sequer foi apreciada pelo plenário, como segue.

Situa-se que, após seu recebimento, foi designado, em junho de 2016, Relator o Deputado Federal de Santa Catarina pelo Partido Progressista, Sr. Espiridião Amin, que tratou de afirmar a necessidade de análise quanto a aplicação da situação hipotética aos demais entes da federação, bem como entende que a proposta não ofende nenhuma cláusula pétrea constitucional, uma vez que o sufrágio direto seria ampliado, convalidando a democracia quanto ao cunho eletivo do ordenamento brasileiro federal, o que, posteriormente, obteve concordância através de voto apartado do Deputado Federal Rubens Pereira Junior.<sup>58</sup>

Por fim, tem-se no requerimento de apensação nº 6.534/2017 o último andamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 227 de 2016, onde requer a tramitação conjunta desta com as Propostas de Emenda à Constituição nº 125/2015 e a nº 393/2014.

A seriedade de uma modificação deste porte permeia a tenuousade entre o correto e o inconstitucional no ponto de vista do princípio democrático.

Uma lei maior de um determinado Estado tem sua construção moldada em basilares entendimentos e compreensões sociais. Sua modificação, quando necessário e tão somente assim, deve ter respaldo na sociedade a quem esta serve.

Antes a preocupação fosse baseada tão somente no contexto ideológico, na prática, também se fundamenta pela fragilidade da representatividade que o Brasil enfrenta, eis que o seu

---

<sup>58</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer do Relator Deputado Federal Espiridião Amin (PP-SC). **Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania**. 23 de maio de 2017. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016)>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

corpo político sofre descrédito pelo rotineiro ciclo de investigações em todo o Congresso Nacional.<sup>59</sup>

Se há, portanto, uma proposta de modificação do mandato eletivo de um Chefe do Executivo em nível federal e sua linha sucessória, não se pode acatar que a respectiva reforma fuja do conhecimento e permissão popular em último grau, isto é, por referendo<sup>60</sup>, onde a população ratifique ou rejeite a proposta de emenda constitucional, fortalecendo a democracia num contexto concreto e elevando os institutos de participação popular na tomada política de decisões.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manipulação constitucional, através de emendas ou interpretações dos tribunais superiores, assim como podem gerar avanços também podem ocasionar a perda da sustentabilidade democrática e social, fomentada, inclusive, pelos propósitos políticos, de interesse público ou não, que condicionam à precarização do Estado Democrático de Direito, uma vez que o esgotamento da segurança jurídica pelas constantes emendas constitucionais e decisões monocráticas nos tribunais gera grave instabilidade institucional e constrange as relações entre os poderes.

Ainda que medida impopular, a eleição indireta foi estudada pela Assembleia Constituinte respectiva à época da elaboração da CRFB/88, verificada a análise hipotética de uma situação fática que possibilitaria o seu uso. Trata-se ainda de medida excepcional em razão do curto período de tempo para a organização de nova eleição, bem como a verificação de propostas e a contagem de dois turnos que o sufrágio popular tomaria.

É imperioso reconhecer que se imperfeita, a *Carta Maior* de uma República deve ser reformada e para isso conta com o recurso expresso da emenda constitucional. O que ocorre atualmente é uma medida urgente contra uma situação de eleição indireta que não condiz, em

---

<sup>59</sup> OPERAÇÃO LAVA-JATO. Fachin manda investigar 8 ministros, 24 senadores, 39 deputados e 3 governadores. **G1 Brasília**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/fachin-autoriza-inquerito-para-investigar-9-ministros-29-senadores-e-42-deputados-federais-diz-jornal.ghtml>>. Ainda: JUDICIÁRIO. Um terço do Senado responde a acusação criminal. **Congresso em foco**. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/um-terco-do-senado-responde-a-acusacao-criminal/>>. Acesso em: 21. Jul. 2017.

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Dispõe sobre a regulamentação do disposto no artigo 14, incisos I, II e III da Constituição da República Federativa do Brasil. Em seu artigo 1º, §2º, consta que "[...]O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição." **Lex**: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm)>. Acesso em: 20. Jul. 2017.

tese, com o princípio democrático disposto no artigo 1º da CRFB/88.

Não se vislumbra, portanto, uma análise crítica sobre o teor da Proposta de Emenda à Constituição nº 227/2016, mas sim o momento em que esta matéria está sendo discutida no Congresso Nacional. A CRFB/88 propõe um processo mais dificultoso para a alteração das normas constitucionais, denominadas limitações formais, materiais, temporais e circunstanciais, justamente em respeito à supremacia constitucional. As regras constitucionais podem ser alteradas, Ulysses Guimarães em seu discurso de posse alertou sobre a imperfeição, mas pondera-se quanto a precariedade do dispositivo emendado, seja no seu texto expresso, seja pelas suas consequências.

Isto não exige, no entanto, a ideia de necessidade da reforma do regime presidencialista no Brasil. Seu funcionamento, desde a promulgação da atual Constituição da República do Brasil, demonstra a fragilidade democrática neste Estado, bem como convalida e torna imperiosa a revisão da sucessão presidencial e na responsabilização deste agente público perante o judiciário. Todavia, carece de análise gradual e exímia, tornando o tempo um aliado na eficácia de uma suposta reforma, ao contrário do proposto pelo parlamento brasileiro.

É imprescindível que uma Proposta de Emenda à Constituição não seja fruto de uma análise superficial, mas sim, de uma análise engrandecida pelo embasamento legal, constitucional e cultural (em razão da eficácia), respeitado o Estado Democrático de Direito e a todas as proposições imanentes ao interesse público.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BATINI, Silvana. A cassação de Temer: teses e fatos. **JOTA**. 17 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/a-cassacao-de-temer-teses-e-fatos-17032017#>>. Acesso em 04 de junho de 2017.

BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. **A campanha das diretas e a democratização**. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2007.

BOGOSSIAN, André. Por que eleições diretas não são a solução? **JOTA**. 29 de maio de 2017. Disponível em: <[https://jota.info/colunas/supra/por-que-eleicoes-diretas-nao-sao-a-solucao-29052017?utm\\_source=JOTA+Full+List&utm\\_campaign=dc6b54d8b4-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_06\\_02&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_5e71fd639b-dc6b54d8b4-](https://jota.info/colunas/supra/por-que-eleicoes-diretas-nao-sao-a-solucao-29052017?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=dc6b54d8b4-EMAIL_CAMPAIGN_2017_06_02&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-dc6b54d8b4-)

380173641>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed., Brasília: OAB Editora, 2002.

BRASIL. **Biblioteca Presidencial - Fernando Collor de Mello**. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>.

Acesso em 03 junho 2017.

BRASIL. Biblioteca Presidencial Jânio da Silva Quadros. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>.

Acesso em 03 junho 2017.

BRASIL. **Biblioteca Presidencial Tancredo Neves**. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/janio-quadros/nome-do-presidente>.

Acesso em 03 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Constituições brasileiras. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf>. Acesso em 03 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diretas Já 30 anos**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/diretas/index.html>. Acesso em 03 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional n. 4, de 1961 que institui o sistema parlamentar de governo. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-4-2-setembro-1961-349692-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 03 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>. Acesso em 31 maio de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em 01 junho 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**, promulgada em 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. **Lei de Inelegibilidades**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Atos institucionais**. Disponível em:



<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais> Acesso em 02 junho 2017.

BRASIL. Palácio do Planalto. Mensagem remetida ao Congresso Nacional pelo Presidente Jânio Quadros no ato da abertura da sessão legislativa de 1961. Disponível em: <file:///C:/Users/E/Desktop/mensagem-ao-congresso-nacional-janio-quadros-1961.pdf>. Acesso em 04 junho 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Inteiro teor do voto em separado nº 1 pelo Deputado Rubens Pereira Júnior (PCdoB-MA). **Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania**. 23 de maio de 2017. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1561814&filename=Tramitacao-PEC+227/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1561814&filename=Tramitacao-PEC+227/2016)>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer do Relator Deputado Federal Espiridião Amin (PP-SC). **Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania**. 23 de maio de 2017. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016)>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº 227 de 1º de junho de 2017 de autoria do Deputado Miro Teixeira (REDE-RJ). **Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania**. 1º de junho de 2016. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1465060&filename=Tramitacao-PEC+227/2016)>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. Bauru: Edipro. 2016. 16ª ed.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. **Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de direito eleitoral**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Fórum. 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2017.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 39ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DE SOUSA, José Franklin. **Manual de direito eleitoral**. Joinville: Clube de autores. 2015.

ELEIÇÕES. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 1943-58. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo Eleitoral**: sistematização das ações eleitorais. Leme: JH Mizuno, 2016. 3ª ed.

GOMES, José Jairo. Cassação de Michel Temer, inelegibilidade e nova eleição: o julgamento da chapa Dilma-

Temer no TSE. **JOTA**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/cassacao-de-michel-temer-inelegibilidade-e-nova-eleicao-31032017>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

IMPRENSA. Informações gerais sobre a Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358. **Tribunal Superior Eleitoral**. 31 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Marco/informacoes-gerais-sobre-a-acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2015, 31ª ed.

POLÍTICA. TSE marca para 6 de junho retomada do julgamento da ação da chapa dilma-temer. **EBC**. 16 de maio de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/tse-marca-para-6-de-junho-retomada-do-julgamento-da-acao-da-chapa-dilma>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

RAMAYAMA, Marcos. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus. 2016, 15ª ed.

RODRIGUES, Alberto Tosi. **Diretas Já: O grito preso na garganta**. Editora Fundação Perseu Abramo. 2003.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª ed.

SCOCUGLIA, Livia; GANTOIS, Gustavo; FALCÃO, Márcio; ALVES, Raquel. Quais os desdobramentos da delação da JBS? **JOTA**. 18 de maio de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/quais-os-desdobramentos-politicos-da-delacao-da-jbs-18052017>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

STRECK, Lênio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

# O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

Vanessa de Assis Martins<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

As intrínsecas relações entre o meio ambiente, o social e a economia compõe o âmago da Sustentabilidade. Cada um desses três aspectos, conhecidos doutrinariamente como “dimensões da Sustentabilidade”, relacionam-se entre si e com inúmeros direitos constitucionais, sobretudo Direitos Fundamentais, como a vida, a saúde, a moradia, a alimentação, a educação, etc. Trata-se de uma rede de direitos necessários à dignidade da pessoa humana.

De outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88), atribuiu aos Poderes Públicos o dever de efetivar os preceitos constitucionais, sobretudo os Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Assim, o objetivo do estudo é investigar a relação da prestação jurisdicional, no marco do Estado Constitucional Democrático de Direito brasileiro inaugurado a partir da Carta de 1988, com a Sustentabilidade.

Para tanto, o artigo está dividido em duas partes principais. A primeira, é destinada ao estudo da Sustentabilidade, sua evolução histórica, sua compreensão conceitual e suas dimensões. Na segunda, discorrer-se-á acerca do papel do Judiciário na efetivação da Sustentabilidade.

Tratando-se de um conteúdo bastante abrangente, é certo que o desígnio aqui é modesto, pois visa apenas contribuir para o debate, sem pretensão nenhuma de exauri-lo.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de Investigação<sup>2</sup>, foi utilizado o Método Indutivo<sup>3</sup>, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano<sup>4</sup>, e, finalmente, o

---

<sup>1</sup> A autora é aluna do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, localizada da cidade de Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Pós-graduada em Direito Constitucional pela rede LFG/Universidade Anhanguera-UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Assessora de Gabinete lotada na Vara da Infância e Juventude e Anexos da Comarca de Criciúma. Residente na cidade de Criciúma, Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: [vanessa\\_a.martins@hotmail.com](mailto:vanessa_a.martins@hotmail.com).

<sup>2</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 87.).

<sup>3</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”.

Relatório dos Resultados está expresso na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>5</sup>, da Categoria<sup>6</sup>, do Conceito Operacional<sup>7</sup>, da Pesquisa Bibliográfica<sup>8</sup>. A pesquisa foi, na sua totalidade, bibliográfica e documental.

Neste artigo científico as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no texto ou em nota de rodapé.

## 1. DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

### 1.1 Breves apontamentos históricos

Na atualidade, a palavra da vez é “crise”, e ela é pronunciada em todos os lugares, não só nos meios acadêmicos e na mídia, mas também no dia-a-dia das pessoas. Parece que se vive em meio a uma crise generalizada, presente em todos os setores, desde o econômico, até o político, o ambiental, o social, o cultural.

Segundo Ferrer, Glasenapp e Cruz, novos estudos científicos revelam que não é mais permitido ignorar a crise, em suas diversas facetas, que assola à sociedade na atualidade, sobretudo devido às suas consequências trágicas. Para os autores, o momento é de transição, “[...] que pode se caracterizar por meio da adoção de um novo paradigma axiológico – sustentabilidade – como resposta da consciência humana aos riscos decorrentes da chamada Sociedade de Risco global.”<sup>9</sup>.

Quando se ouve falar em Sustentabilidade, a primeira ideia que vem à mente diz respeito às questões ambientais. De fato, o princípio da Sustentabilidade está intimamente relacionado à

---

(PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática. p. 91.).

<sup>4</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

<sup>5</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 65.).

<sup>6</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 36.).

<sup>7</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54.).

<sup>8</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 215.).

<sup>9</sup> FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univali, v. 19, n. 4, edição especial, p. 1433-1464, 2014. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 28 out. 2015. p. 1437.

crise ambiental, pois surgiu dos debates mundiais em relação à devastação da natureza, causada pela busca incessante do lucro a qualquer preço, pelo consumo exagerado, pela má distribuição de renda, pela ausência de consciência ecológica, e outros.

Acerca do desenrolar histórico desse mote, Gabriel Real Ferrer divide seu progresso cronológico em “ondas”. A primeira onda data de 1972, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, cujas preocupações eram voltadas ao crescimento exponencial populacional, principalmente nos países pobres<sup>10</sup>, e à compatibilização da preservação dos recursos naturais com o desenvolvimento<sup>11</sup>.

Conforme Zenildo Bodnar e Paulo Cruz, naquele período a preocupação principal era com o desenvolvimento, mormente nos países pobres<sup>12</sup>. A propósito, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, proclamada em 1986, pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução n. 41-128, a qual em seu artigo 1º, 1, previu o seguinte:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.<sup>13</sup>

No ano seguinte, 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), divulgou o Relatório “Nosso Futuro Comum”, conhecido também por Relatório de Brundtland, o qual apresentou o conceito de desenvolvimento sustentável, nos seguintes termos: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.”<sup>14</sup>.

As recomendações presentes no Relatório de Brundtland conduziram à realização, em 1992, no Rio de Janeiro, do evento que marca a segunda onda, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida também como Rio-92, ECO-92 e Cúpula da Terra<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univali, v. 17, n. 3, p. 305-326, 2012. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 4 maio 2016. p. 314.

<sup>11</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial de Gabriel Real Ferrer. Org. e rev. de Lucas de Melo Prado. Itajaí: Univali, 2012. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30 jan. 2017. p. 108.

<sup>12</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 108.

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução n. 41-128. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

<sup>14</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 31 out. 2015.

<sup>15</sup> VIEIRA, Ricardo Stanzola. Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: contexto,

Ato contínuo, a terceira onda tem como marco temporal a Rio+10, também conhecida como Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada na cidade de Joanesburgo, África do Sul, em 2002, ocasião em que se buscava avaliar os avanços obtidos após a Rio-92<sup>16</sup>.

Por fim, a quarta onda está representada pela Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, também chamada de Rio+20, realizada no ano de 2012 na cidade do Rio de Janeiro<sup>17</sup>, com o objetivo de renovar o compromisso político assumido em prol do desenvolvimento sustentável, avaliando o progresso e as lacunas no tocante as decisões tomadas nas principais Conferências sobre o assunto<sup>18</sup>.

Historicamente, a Rio+20 representou um marco fundamental no progresso relativamente à proteção internacional do meio ambiente, contribuindo para a conscientização da igualdade jurídica entre os países e da necessária cooperação entre eles em prol da humanidade<sup>19</sup>.

Vistos esses breves apontamentos históricos, elaborados para efeitos de contextualização, passa-se à análise conceitual do termo.

## 1.2 Compreensão conceitual

Inicialmente, importante registrar que traçar um conceito específico de Sustentabilidade, obrigatoriamente transdisciplinar, é uma tarefa deveras complexa<sup>20</sup>.

Cruz e Bodnar destacam que, além de complexo, trata-se de um conceito inacabado, podendo sofrer alterações conforme as circunstâncias fáticas, o contexto em que será utilizado, e outras variáveis implicadas. Ademais, defendem ser mais simples, por vezes, identificar situações de insustentabilidade<sup>21</sup>.

Para Canotilho, contudo, é possível estabelecer, desde já:

---

principais tema e expectativas em relação ao novo “Direito da Sustentabilidade”. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univali, v. 17, n. 1, p. 48-69, jan./abr., 2012. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 4 maio 2016. p. 53.

<sup>16</sup> FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? p. 316.

<sup>17</sup> FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. p. 1452.

<sup>18</sup> BRASIL. Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. **Sobre a Rio+20**. Disponível em: [http://www.rio20.gov.br/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20.html](http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html). Acesso em: 19 maio 2016.

<sup>19</sup> JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 299-315, jun./dez., 2014. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/372/434>. Acesso em: 5 maio 2016. p. 310.

<sup>20</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 111.

<sup>21</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 111-112.

[...] o *imperativo categórico* que está na génese do princípio da sustentabilidade e, se se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e acções de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações. Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.<sup>22</sup>

Canotilho<sup>23</sup>, ainda, distingue a “sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico” da “sustentabilidade em sentido amplo”. Aquela “[...] aponta para a protecção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados.”. Esta, por sua vez, “[...] procura captar aquilo que a doutrina actual designa por ‘três pilares da sustentabilidade’: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade económica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social.”.

Consoante Juarez Freitas<sup>24</sup>, a Sustentabilidade

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia directa e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

José Afonso da Silva<sup>25</sup> afirma que a Sustentabilidade é um conceito com *fundamentos constitucionais*, uma vez que, ao impor ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CRFB), estabelece o “[...] conteúdo essencial da sustentabilidade.”.

Para Leonardo Boff<sup>26</sup>,

Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review*, Barcelos/Portugal, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010. Disponível: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext). Acesso em: 31 out. 2015. p. 8-9.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 9.

<sup>24</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25.

<sup>26</sup> BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 107.

Pelo exposto, observa-se que se está diante de um princípio correlato à dignidade da pessoa humana e que impõe a preservação da natureza, mediante a utilização de seus recursos de maneira responsável, sem exaurimento deles, possibilitando, assim, a vivência, das presentes e futuras gerações, em um meio ambiental ecologicamente equilibrado, necessário ao bem-estar e à sobrevivência da espécie humana e dos demais seres, pois todos juntos formam uma comunidade viva.

### 1.3 Dimensões da Sustentabilidade

Neste ponto, importante destacar que nem sempre a Sustentabilidade foi designada pelas dimensões ecológica, econômica e social. Com efeito, segundo Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, somente com a Rio+10 surge um conceito completo de Sustentabilidade, uma vez que apenas a partir dela se consagrou essas dimensões para todo e qualquer desenvolvimento, assim como a ideia de que, para se alcançar a justiça social, é necessária a existência de um meio ambiente equilibrado e sadio<sup>27</sup>.

Atualmente, há autores que defendem a existência de outras dimensões. Só para citar alguns exemplos, Juarez Freitas sustenta, além dessas três, a dimensão ética e a jurídico-política<sup>28</sup>. Paulo Cruz e Zenildo Bodnar, de outro vértice, colocam a existência de uma quarta dimensão, a tecnológica<sup>29</sup>.

Entretanto, o presente artigo vai ficar circunscrito à análise das três dimensões majoritariamente reconhecidas como componentes da Sustentabilidade.

Com efeito, a dimensão ecológica decorre da consciência de que os recursos naturais são esgotáveis e, portanto, há a necessidade de preservá-los para garantia do bem-estar - tanto para as atuais quanto para as futuras gerações - e, em *ultima ratio*, da vida humana. Assim, “[...] certo como é que a degradação ambiental pode, no limite, inviabilizar a vida humana (e inviabilizou civilizações), incontornável se mostra o seu enfrentamento hábil e tempestivo, com ciência, prudência e tecnologia.”<sup>30</sup>.

No âmbito jurídico brasileiro, essa dimensão da Sustentabilidade consubstancia-se por

---

<sup>27</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 110.

<sup>28</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 58.

<sup>29</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 112.

<sup>30</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 64.



meio do Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da CRFB.

Conforme Tiago Fensterseifer – que defende vivermos sob a égide de um Estado Socioambiental de Direito, ocupando o direito ao ambiente a terceira dimensão de Direitos Fundamentais -, estando a qualidade de vida e o desenvolvimento humano - e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana -, cada vez mais abalados pela degradação ambiental, o ambiente passou a ser protegido como Direito (Humano) Fundamental.<sup>31</sup>

Defendendo tratar-se o meio ambiente de um Direito Fundamental, Alonso Junior destaca que esse enquadramento se dá tanto pela perspectiva formal quanto pela material<sup>32</sup>.

Naquela, pela combinação do art. 5º, § 2º, da CRFB e do art. 12, 2, *b*, do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aderido pela Brasil, que o promulgou por meio do Decreto n. 591, de 1992.

Nesta, porque

No preâmbulo da Lei Maior, é possível vislumbrar que nosso Estado Democrático será destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Nosso bem-estar é consequência de nossa qualidade de vida, sendo inadmissível juridicamente, em face do ordenamento implantado, dissociar o bem ambiental dos direitos consagrados como fundamentais, independentemente de não vê-lo expresso no catálogo utilizado pela ordenamento legal no qual se relacionam tais direitos.

Portanto [...] nos é dado constatar que, diante de seu conteúdo, no aspecto material ele deve ser considerado como tal, pois essencial à sadia qualidade de vida, conforme prevê o art. 225 da CF, que concretiza normativamente este valor (ambiente sadio), com nítida e íntima ligação com outros direitos tão importantes quando a dignidade humana, a vida, a cidadania e a saúde.<sup>33</sup>

A dimensão econômica consiste na utilização eficaz dos recursos naturais<sup>34</sup>. Segundo

---

<sup>31</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 148.

<sup>32</sup> A expressa menção de um Direito no texto constitucional como Fundamental, a exemplo do que ocorre com os Direitos previstos no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88), é o critério formal de identificação dos Direitos Fundamentais. De outro vértice, existem Direitos Fundamentais que, embora não prescritos em referido espaço, não perdem essa natureza, devido ao seu conteúdo. Trata-se do que Jorge Miranda designou de “direitos fundamentais sem sentido material”, isto é, aqueles constantes da Constituição material, compreendida como “[...] o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; aquilo que lhe confere substância e identidade; a manifestação directa e imediata de uma ideia de Direitos que prevalece em certo tempo e lugar (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima da vontade popular livremente formada [...]” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 6 ed. rev. e actual. Coimbra Editora, 2007. p. 25-26).

<sup>33</sup> ALONSO JUNIOR, Hamilton. **Direito Fundamental ao Meio Ambiente e Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41.

<sup>34</sup> YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 22.

Gabriel Ferrer, em essência, trata-se de aumentar a produção de riqueza, de maneira ambientalmente sustentável, bem como distribuí-la de modo mais equânime e uniforme<sup>35</sup>.

Economia e ecologia não são incompatíveis. Ao revés, o direito econômico e o direito ambiental possuem idênticas preocupações: “[...] buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo.”<sup>36</sup>.

Assim, o casamento entre economia e ecologia pode sim ser feliz e duradouro, desde que cada um ceda um pouco em prol do objetivo comum, a qualidade de vida. Para se atingir esse equilíbrio,

Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado desprezo a toda elaboração técnica e industrial.<sup>37</sup>

Finalmente, a dimensão social se opera com a redução da pobreza e conquista da equidade social<sup>38</sup>. Para tanto, necessário que a renda seja melhor distribuída e os direitos sociais efetivados, garantindo-se também à população pobre o direito à alimentação, à moradia, à saúde, à educação, etc.

A amplitude dessa dimensão é tão grande que abrange a proteção da diversidade cultural, a garantia de poder exercer os Direitos Humanos, a eliminação de toda forma de discriminação, o acesso à educação<sup>39</sup>.

Há profunda interligação entre a proteção ambiental e os direitos sociais, pois, conforme destaca Fensterseifer, a fruição de saúde, educação, alimentação, moradia, etc., em nível desejável, depende de circunstâncias favoráveis do ponto de vista ambiental, podendo-se mencionar: o acesso à água potável, à alimentos livres de contaminantes químicos, à moradia digna longe de locais poluídos e que apresentem riscos de desabamento<sup>40</sup>.

Essa correlação da Sustentabilidade com os Direitos Fundamentais e com a dignidade da pessoa humana orientará à análise de como o Poder Judiciário deve atuar em prol dela.

---

<sup>35</sup> FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? p. 321.

<sup>36</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

<sup>37</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 59.

<sup>38</sup> YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. p. 22.

<sup>39</sup> FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? p. 322.

<sup>40</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. p. 74.

## 2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

Acerca da atuação judicial, necessário ponderar, inicialmente, que os critérios de resolução das lides pensados pelos juspositivistas, a exemplo da subsunção do fato concreto à lei, não mais são suficientes para resolver os problemas jurídicos que batem à porta do Judiciário. Diante disso, “De poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.”<sup>41</sup>.

Sob esse enfoque, no atual panorama, o Poder Judiciário possui ampla permissão de atuação em prol dos valores constitucionais, na defesa dos Direitos Fundamentais e sempre com vista à Constituição. A Carta de 1988 reforçou o papel do Poder Judiciário, fortaleceu sua independência, criando inúmeros remédios constitucionais, instituindo como seu dever a defesa dos preceitos constitucionais e, principalmente, dos Direitos Fundamentais, inclusive fiscalizando os atos da administração e fazendo o controle da constitucionalidade da produção legislativa. Assim, diferentemente de outrora, os juízes não podem mais manter uma postura passional, devendo assumir uma posição ativa visando concretizar a Constituição, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, recorda-se, como visto alhures, que a Sustentabilidade é caracterizada por uma tríplice dimensão – ecológica, econômica e social -, de modo que inúmeros dispositivos constitucionais podem ser elencados como corolários da Sustentabilidade. Dentre outros, pode-se mencionar o direito à vida, à saúde, à moradia, à alimentação, ao trabalho, ao meio ambiente.

Sobre isso, Zenildo Bodnar e Paulo Cruz defendem que, no âmbito jurídico, todas as dimensões da Sustentabilidade encontram correlação com inúmeros Direitos Fundamentais, tais como o direito ao meio ambiente, os direitos sociais e outros. “Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito.”<sup>42</sup>. E mais, sustentam crucial a defesa da aplicação da Sustentabilidade enquanto valor normativo

---

<sup>41</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993). Acesso em: 9 mar. 2011. p. 5.

<sup>42</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 50.

essencial da ordem jurídica nacional e internacional<sup>43</sup>.

Ademais, “[...] é tempo de considerar a sustentabilidade como *elemento estrutural típico* do Estado que hoje designamos Estado Constitucional.”<sup>44</sup>.

Nesse enfoque, Luciana Costa Poli defende que a Sustentabilidade deve ser compreendida como um princípio geral e sistêmico, porquanto a ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico não impede o seu reconhecimento. Afirma que a Sustentabilidade não é referendada em uma regra específica e isolada, mas “[...] ao contrário, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e do diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico constitucional.”<sup>45</sup>. No mesmo sentido, disserta que

[...] a sustentabilidade é decorrente do primado da dignidade humana que se irradia em diversos outros princípios, como: da obrigatoriedade de proteção ambiental; da prevenção ou da precaução; da ampla informação ambiental; da função social dos contratos e da propriedade; do poluidor-pagador; da compensação; da responsabilidade; da solidariedade, da educação ambiental. Decorre o princípio da sustentabilidade, ainda da combinação de outras normas (princípios e regras) insertas na mesma carta constitucional, em tratados e convenções por ela recepcionados e, ademais, decorrentes legislação infraconstitucional pertinente.<sup>46</sup>

Para Juarez Freitas<sup>47</sup>, a Sustentabilidade é “valor supremo” na CRFB, em decorrência do preâmbulo, dos artigos 3º, inciso II, 170, inciso VI, 174, parágrafo primeiro, 192, 205, 218, 219 e, principalmente, 225. “Dito de outra maneira, do entrelaçamento tópico-sistemático de dispositivos constitucionais, notadamente dos arts. 3º, 170, VI, e 225, avulta o critério da sustentabilidade (valor desdobrado em princípio) [...]”.

Dessa forma, importante é o papel desempenhado pelo Judiciário, porque

na implementação justa da sustentabilidade, a distribuição equitativa dos benefícios, riscos e malefícios gerados pelo desenvolvimento – como critério referencial de justiça social e ambiental – deve ser uma meta constante a ser atingida por intermédio da atuação da jurisdição, principalmente no controle das políticas públicas.<sup>48</sup>

Destaca-se que o agir que se cobra do Judiciário não é em matéria de proteção ambiental apenas, mas envolve a tutela de todo direito correlacionado com a rede de direitos que compõem

<sup>43</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 52.

<sup>44</sup> HÄBERLE, Peter. Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, In: KAHL, Wolfgang (Org). Aachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen, 2008, p. 200. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 8. (com grifos no original).

<sup>45</sup> POLI, Luciana Costa. Por um Ativismo Pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 2, p. 179-195, maio-ago., 2013. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 29 out. 2015. p. 189.

<sup>46</sup> POLI, Luciana Costa. Por um Ativismo Pró-sustentabilidade. p. 189.

<sup>47</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 112.

<sup>48</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 113.

a Sustentabilidade. Conforme lembram Sarlet e Fensterseifer, é certo que esse Poder Público, diferentemente do Legislativo e do Executivo, atua de modo mais pontual e, normalmente, para remediar. Todavia, sua atuação pode, e muito, contribuir para a efetivação dos direitos corolários da Sustentabilidade, o que se revela, principalmente, no controle exercido sobre as políticas públicas, não só quanto à atuação, mas também no que diz respeito às omissões<sup>49</sup>.

A respeito do controle judicial, Felipe de Melo Fonte afirma que o Judiciário possui legitimidade para fazer o controle da administração pública e da legislação, com base na CRFB/88, em matéria de Direito Fundamental ou não<sup>50</sup>. Todavia, no tocante às políticas públicas, para o autor, o controle judicial deve ser orientado pelos Direitos Fundamentais, sob pena de afronta ao princípio democrático, por invasão do espaço onde deve preponderar a soberania popular e o princípio majoritário<sup>51</sup>.

Ainda no que diz respeito às políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover<sup>52</sup> e Nilva M. Leonardi Antonio<sup>53</sup> confirmam a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o seu controle, sem agressão ao princípio democrático, desde que para assegurar os objetivos fundamentais adotados pelo Brasil na CRFB/88.

Sob essa ótica, evidentemente “[...] o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição.”<sup>54</sup>.

Destarte, seria irônico se o Judiciário tivesse que se ausentar devido ao princípio da separação de poderes, pois este tem como razão de ser justamente a preservação de Direitos Fundamentais em face do arbítrio do poder estatal, não podendo ser invocado para obstar o controle judicial da omissão do Estado na realização dos deveres a si constitucionalmente estabelecidos<sup>55</sup>.

No aspecto democrático, inclusive, a via judicial serve como espaço para participação, não só indiretamente, por meio de Ministério Público ou Defensoria Pública, por exemplo, mas

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 73-100, out./dez., 2008.

<sup>50</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

<sup>51</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais**. p. 82.

<sup>52</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 149.

<sup>53</sup> ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 208.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 95.

diretamente, tanto por meio da ação individual quanto da ação coletiva, já que o ordenamento jurídico disponibiliza meios para a coletividade em conjunto buscar a tutela judicial, tal como a ação popular. Trata-se de um mecanismo de participação democrática, hoje não mais reduzida apenas ao espaço da urna<sup>56</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência da crescente preocupação com a degradação ambiental e os recorrentes anúncios acerca da finitude dos recursos naturais, os debates em torno da Sustentabilidade cada vez mais ganham corpo e espaço, refletindo dentro do âmbito jurídico e na prestação jurisdicional.

Atualmente, predomina na doutrina a concepção da Sustentabilidade a partir de três dimensões, a ambiental, a econômica e a social, todas reciprocamente relacionadas, pois, além de possuírem objetivos em comum, a conexão entre elas se dá pelo efeito em cascata, de modo que a conquista de uma leva à satisfação da outra, assim como uma situação de insustentabilidade não fica reduzida ao seu espectro.

A primeira dimensão parte da consciência sobre a necessidade de preservação da natureza e de seus recursos para garantir o bem-estar e a sobrevivência dos seres vivos. Objetivando também a qualidade de vida, a segunda diz respeito ao desenvolvimento econômico sem, contudo, devastar a natureza. Não diferentemente, a terceira relaciona-se com a qualidade de vida, com foco na diminuição da pobreza e consecução da justiça social.

Assim, a Sustentabilidade está interligada com a dignidade da pessoa humana e com inúmeros Direitos Fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao meio ambiente, à alimentação, à educação, etc.

Ademais, por todo esse amplo conteúdo da Sustentabilidade, como visto acima, há autores que a colocam na condição de princípio geral e sistêmico a orientar a interpretação do ordenamento jurídico, de “elemento estrutural” do Estado Constitucional de Direito, de “valor supremo” da CRFB ou defendem a possibilidade dela ser vista como o novo paradigma do direito<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 95-96.

<sup>57</sup> Sobre a Sustentabilidade como novo paradigma do direito, ver: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, n. 1, p. 75-83, jan./jun.,

De outro lado, a Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à esfera de fundamento da República Federativa do Brasil, previu uma série de Direitos Fundamentais, e atribuiu aos Poderes Públicos o dever de efetivá-los.

Nesse cenário, elevado à posição de guardião da Constituição, o Judiciário passou a dividir com o Legislativo e com o Executivo o papel de efetivar os preceitos constitucionais, notadamente os Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana, o que não lhe permite mais permanecer na postura apática do passado, onde desempenhava a função de mero aplicador robotizado da lei.

Destarte, a atuação dos magistrados deverá ser pautada na solução das lides, sempre com vistas à efetivação das escolhas constitucionais em matéria dos Direitos Fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Portanto, seja pela interligação da Sustentabilidade com inúmeros Direitos Fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, seja compreendendo-a como novo paradigma do Direito, diante dos deveres atribuídos constitucionalmente aos Poderes Públicos, sobretudo no tocante aos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes, possui o dever de atuar orientando-se pela Sustentabilidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALONSO JUNIOR, Hamilton. **Direito Fundamental ao Meio Ambiente e Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 302 p.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 183-212.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 200 p.

BRASIL. Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. **Sobre a Rio+20**. Disponível em: [http://www.rio20.gov.br/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20.html](http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html). Acesso em: 19 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**, Barcelos/Portugal, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010. Disponível: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext). Acesso em: 31 out. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial de Gabriel Real Ferrer. Org. e rev. de Lucas de Melo Prado. Itajaí: Univali, 2012. 189 p. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, n. 1, p. 75-83, jan./jun., 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777>. Acesso em: 5 fev. 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 290 p.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 306 p.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univali, v. 17, n. 3, p. 305-326, 2012. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 4 maio 2016.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, edição especial, p. 1433-1464, 2014. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 28 out. 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 347 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 125-150.

JQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 299-315, jun./dez., 2014. Disponível em:



<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/372/434>. Acesso em: 5 maio 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 6 ed. rev. e actual. Coimbra Editora, 2007. 563 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução n. 41-128. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 31 out. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

POLI, Luciana Costa. Por um Ativismo Pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 2, p. 179-195, maio-ago., 2013. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 29 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 73-100, out./dez., 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993). Acesso em: 9 mar. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 351 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639 p.

VIEIRA, Ricardo Stanzola. Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “Direito da Sustentabilidade”. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univali, v. 17, n. 1, p. 48-69, jan./abr., 2012. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 4 maio 2016.

YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. 419 p.

# IMPACTOS CUMULATIVOS E SINERGÉTICOS: SOCIALIZAÇÃO DO DANO

Vanusa Murta Agreli<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Os estudos anotados no presente artigo científico foram inaugurados à época da pesquisa desenvolvida para o artigo 'A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental.', publicado no livro comemorativo dos 30 anos da Lei da Ação Civil Pública<sup>2</sup>.

O atual estudo tem por objeto os impactos cumulativos e sinérgicos. Na delimitação da pesquisa, dedicou-se a perquirir, no sistema legal, o tratamento destinado à imposição de estudos para a identificação das propriedades cumulativas e sinérgicas dos impactos, incluindo ainda o tratamento designado para a responsabilidade civil relativa à multicausalidade do dano.

Como resultado da investigação, o produto jurídico edificado demonstra a deficiente regulação da matéria, revelando a insuficiência normativa para impor estudos específicos, e por conseguinte para a adaptação das medidas acautelatórias que promovam a evasão de eventos que subtraíam a sadia qualidade de vida, com vistas ao desenvolvimento sustentável. O exame avança imprimindo visibilidade para a socialização dos danos atrelados à multicausalidade, dada a ausência de previsão clara que garanta a reparação, em pleno descompasso com os direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Advogada especialista em gestão ambiental (UFRJ - 2000), com ampla experiência na consultoria preventiva e no contencioso ambiental. Especialista em Política e Estratégia (UFF e ADESG/RJ - 1998). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Presidente da Comissão de Direito Ambiental do IAB (2014/2018). Diretora das Comissões, Legislação e Pesquisa do IAB (2016/2018), com sede na Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ. CEP 20.020-080. Membro do Conselho Editorial da Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental (MG/RS). Professora de Direito Ambiental da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ/RJ). Coordenou o MBA Executivo em Direito do Ibmec Business School (IBMEC-RJ). Foi Professora do Mestrado em Meio Ambiente na Universidade Federal Fluminense (UFF - Projeto PETROBRAS) e da Especialização em Educação Ambiental na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ - Projeto Programa de Despoluição da Baía de Guanabara) e do Foi Diretora da Associação Brasileira de Advogados Ambientalistas (ABAA) e da Associação de Professores de Direito Ambiental Brasileiro (APRODAB). Palestrante no Encontro Mundial de Juristas de Meio Ambiente para a Rio + 20. Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com dupla titulação na Universidade de Alicante (Espanha). E-mail: vanusa@murtaagreli.adv.br

<sup>2</sup> AGRELLI, Vanusa Murta. A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

Na fase de investigação, de coleta de dados e durante a redação do resultado da pesquisa, adotou-se a metodologia indutiva, coletando os dados no sistema legal e nos atos normativos que restaram consignados no corpo do artigo, assim como na doutrina dedicada ao tema. Nessa linha, alcançou-se a conclusão disposta na parte final do estudo científico, cuja apertada síntese encontra-se acima consignada.

Vale ressaltar que na definição dos termos trabalhados, utilizou-se as técnicas da categoria e do conceito operacional. Demais disso, frise-se que a pesquisa bibliográfica desenvolvida foi direcionada pela técnica do referente, registrada pela técnica do fichamento.<sup>3</sup>

## 1.BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

Os estudos ambientais que realizam a precaução formam a base fundamental para o desenvolvimento sustentável bem talhado por Marcelo Abelha que cuidou de marcar que, diferentemente de algumas ideias precipitadas, o desenvolvimento não é atrelado ao sacrifício ambiental:

[...] não se pode argumentar que é o princípio do desenvolvimento sustentável que chancela a existência de atividades potencialmente impactantes do meio ambiente, na medida em que se estaria colocando o desenvolvimento como causa inevitável de degradação ambiental. O erro está aí, qual seja, em se entender que o desenvolvimento não pode ser implementado sem sacrificar o meio ambiente.

Muito pelo contrário, o, emprego do termo *sustentado* tem como finalidade enraizar a idéia de que não é possível a realização de atividade impactante, sem que sejam apresentadas medidas compensatórias e mitigadoras do dano imediato ou mediato que será produzido ao meio ambiente.<sup>4</sup>

Paulo Affonso Leme Machado, destacado jurista, ressalta a essência da precaução, sem incorrer em excessos relacionados à proteção da integralidade<sup>5</sup> de todo e qualquer ecossistema, o que é reservado para categorias especiais de proteção, nos moldes da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9985/2000) que estabelece a intocabilidade como exceção (art.8º):

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O

---

<sup>3</sup> Sobre a técnica da categoria, ver PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2015. p.27-37. Sobre a técnica do conceito operacional, ver PASOLD, 2015, p.39-56. Sobre a técnica do referente, ver PASOLD, 2015, p.57-66. Sobre a técnica do fichamento, bem como sobre seu uso conjunto com a técnica do referente, ver PASOLD, 2015, p.113-130.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.137.

<sup>5</sup> Art.2º, Vil Lei9985/2000 - proteção integral: manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais.

princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.<sup>6</sup>

Desenvolvimento e qualidade do meio ambiente são direitos compatíveis que anelam uma compreensão equilibrada, sem excessos inflamados pelas paixões, e sem insuficiências típicas das omissões e dos favorecimentos. A sintonia na conferência dos valores é condição para que o Poder Público entregue ao cidadão a promessa constitucional da dignidade, do trabalho, da saúde, da livre iniciativa, da sadia qualidade de vida, da propriedade privada, da proteção ambiental, da moradia e outros bens essenciais.

Nesse sentido, inarredável o diálogo dos dispositivos sediados no Pergaminho Constitucional que repercutem princípios constitucionais de larga aplicação, com funcionalidade de otimização dos direitos. A busca pela acessibilidade à diversidade de direitos encontra sustentação em todo o corpo constitucional, e parece-nos que a precaução seja o fio condutor da caminhada.

Vale anotar que a precaução, pelo mecanismo da entabulação de critérios mais rijos para a intervenção antrópica, foi inserida no Brasil antes da nova ordem constitucional, através da Lei 6.803, de 2 de julho de 1980 que autoriza a imposição de normas mais restritivas no controle da poluição e no licenciamento para instalação e operação de indústrias situadas em áreas críticas de poluição (art.6º e parágrafos), além de determinar a realização prévia de estudos especiais de avaliações de impactos (art.10, §3º).

Sucessivamente, novas disposições legais avançaram no sentido de ampliar e consolidar a precaução. A Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, consagrou a racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar, ao tornar obrigatório em todo o país, o licenciamento ambiental (art.9º, IV; art.10) e a avaliação dos impactos ambientais (art.9º, III). Em 1988, a Constituição da República prescreveu para a administração pública, no exercício do poder de polícia, o dever de preservar o meio ambiente, reforçando para o órgão ambiental competente para o licenciamento de obra ou atividade com significativo potencial lesivo, o dever de exigir do empreendedor, o estudo prévio de impacto ambiental (art.225, §1º, IV).

Frise-se que legislador cuidou de criar um sistema normativo pautado na precaução, impondo, como requisito para a concessão da licença ambiental, a obtenção da certeza científica quantitativa e qualitativa relativa aos impactos, e às medidas mitigatórias adequadas para poupar

---

<sup>6</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.96.

os ecossistemas. A ausência da certeza científica quanto aos efeitos da implantação e da operação do empreendimento posterga o licenciamento até que seja acessada uma tecnologia capaz de determinar as externalidades e seus efeitos.

Notadamente, o desenvolvimento sustentável se firma quando o uso dos recursos naturais observa o princípio da precaução, que abarca a capacidade de carga dos ecossistemas e a sadia qualidade de vida da presente e das futuras gerações, cabendo ao Poder Público, nos processos decisórios de políticas de desenvolvimento, fazer o controle preventivo<sup>7</sup>, exigindo o prévio licenciamento ambiental. Cumpre salientar que em circunstâncias específicas, o licenciamento deve contemplar análises mais amplas, mediante o estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA) e ainda, por meio do estudo de análise de riscos (EAR), instrumentos arranjados pelo viés dos estudos dos aspectos ambientais vinculados à localização, instalação, operação e ampliação da atividade.

Referenciados estudos atuam como preciosos subsídios para a tomada de decisão sobre o licenciamento, posto que além de identificar, no conjunto de eventos entrelaçados com a atividade, as variáveis ambientais que precisam ser contempladas e mitigadas, projetam cenários acidentais e as respectivas medidas de contenção e respostas. Dada a relevância das conclusões perseguidas, imprescindível que os estudos sejam talhados por equipe técnica multidisciplinar imbuída de ética e altamente capacitada nas áreas de conhecimento relacionadas aos ecossistemas, à matéria prima, à produção, à tecnologia e ao potencial cumulativo e sinérgico dos impactos.

Sem prejuízo de outros dispositivos que versem sobre o EIA-RIMA, a Resolução CONAMA 1/1986 melhor disciplina o formato e o desenvolvimento dos exames ambientais, embora o comando de definição que determina a realização de tal medida seja proveniente da Lei 6.938/81. Citada norma administrativa, orienta que as atividades técnicas do EIA-RIMA contemplem (art.6º): (i) diagnóstico ambiental da área de influência do projeto<sup>8</sup>; (ii) análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da

---

<sup>7</sup> AGRELLI, Vanusa Murta *in* Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e do Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012 / Coordenação Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado – 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.522.

<sup>8</sup> O diagnóstico deve considerar: a) o meio físico (subsolo, águas, ar e clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas e as correntes atmosféricas); b) o meio biológico e os ecossistemas naturais (fauna e flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente); c) o meio sócio-econômico (o uso e ocupação do solo, os usos da água, os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos).

importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; (iii) definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas; (iv) elaboração do programa de monitoramento.

Demais disso, sem prejuízo de diretrizes específicas deliberadas pelo órgão licenciador, a Resolução em tela estabelece que as diligências sejam regidas por diretrizes gerais que (i) contemplem alternativas tecnológicas e de localização de projeto; (ii) identifiquem e avaliem sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; (iii) definam a área de influência do projeto; (iv) considerem os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto.

Finalmente, para efeito de evidenciar as vantagens e as desvantagens do projeto, bem como as consequências ambientais de sua implementação, a Resolução CONAMA 1/86 determina uma transposição das conclusões dos estudos científicos<sup>9</sup>, traduzidas para uma linguagem acessível, para o bojo de um relatório, que intitula de relatório de impacto ambiental (RIMA), que deve conter ilustrações por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual.

Feitas as exposições iniciais, vale destacar a demarcação normativa quanto ao estudo das propriedades cumulativas e sinérgicas dos impactos (art.6º, II, Res. CONAMA 1/86), inaugurando os estudos relativos à delimitação temática da presente pesquisa.

## **2. IMPACTOS CUMULATIVOS E SINERGÉTICOS**

---

<sup>9</sup> As conclusões devem abordar no mínimo: (i) objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais; (ii) descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnica operacionais, os prováveis efluentes, emissões, resíduos de energia, os empregos a serem gerados; (iii) síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambientais da área de influência do projeto; (iv) descrição dos impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto e suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação; (v) caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização; (vi) descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas para os impactos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado; (vii) programa de monitoramento dos impactos e recomendação quanto à alternativa mais favorável (art.9º, CONAMA 1/86).

A despeito da previsão de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância das propriedades cumulativas e sinérgicas do impacto, a norma não disponibilizou o conceito de impacto cumulativo e sinérgico, e tampouco fixou regramento para a condução das análises que estabeleceu. De modo consequente, restou prejudicada a implementação da investigação contemplada pelo CONAMA.

No ambiente internacional, Estados Unidos, Canadá e união Europeia, disciplinaram a matéria, portanto, neste particular, aderiram mais fortemente ao princípio da precaução.

A considerando o vácuo legislativo nacional, despertamos a tarefa de conceituar impactos cumulativos e sinérgicos, buscando auxílio na Nota Técnica 10/2012 – CGEPEG/DILIC/IBAMA específica para identificação e avaliação de impactos ambientais no âmbito do licenciamento ambiental de empreendimentos marítimos de exploração de petróleo e gás. Nesse documento técnico, nos deparamos com a definição de propriedades cumulativas e propriedades sinérgicas do impacto:

Propriedades cumulativas (de um impacto): referem-se à capacidade de um determinado impacto de sobrepor-se, no tempo e/ou no espaço, a outro impacto (não necessariamente associado ao mesmo empreendimento ou atividade) que esteja incidindo ou irá incidir sobre o mesmo fator ambiental. Conforme observado por Sánchez (2006) uma série de impactos irrelevantes pode resultar em relevante degradação ambiental se concentrados espacialmente ou caso se sucedam no tempo.

Propriedades sinérgicas (de um impacto): referem-se à capacidade de um determinado impacto de potencializar outro(s) impacto(s) (não necessariamente associado ao mesmo empreendimento ou atividade) e/ou ser potencializado por outro(s) impacto(s).<sup>10</sup>

A norma em destaque, no campo destinado aos critérios utilizados para a avaliação de impactos ambientais, disponibiliza definições adicionais para a cumulatividade. Vejamos:

Entende-se que a simples classificação de um impacto como “cumulativo” ou “não-cumulativo” não é suficiente para uma devida análise desta propriedade, diante da complexidade das interrelações que podem ser observadas nos ecossistemas e entre os impactos. Assim, é necessário que na descrição detalhada do impacto sejam descritas e analisadas as interações associadas a cada impacto, considerando: a variedade nas características dos fatores ambientais sob influência do empreendimento; a possibilidade de interação com os impactos oriundos de outras atividades e/ou empreendimentos; e as possibilidades de interação entre os impactos ambientais e suas consequências para os fatores ambientais afetados. À luz desta análise, o impacto deverá ser classificado conforme as categorias abaixo descritas (observe-se que o impacto, de acordo com suas característica, pode ser classificado em mais de uma categoria):

---

<sup>10</sup>Disponível em: < <http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf> > Acesso em: 27 abr. 2017

**não-cumulativo:** nos casos em que impacto não acumula no tempo ou no espaço; não induz ou potencializa nenhum outro impacto; não é induzido ou potencializado por nenhum outro impacto; não apresenta interação de qualquer natureza com outro(s) impacto(s); e não representa

incremento em ações passadas, presentes e razoavelmente previsíveis no futuro (EUROPEAN COMMISSION, 2001)

**cumulativo:** nos casos em que o impacto incide sobre um fator ambiental que seja afetado por outro(s) impacto(s) de forma que haja relevante cumulatividade espacial e/ou temporal nos efeitos sobre o fator ambiental em questão.

**indutor:** nos casos que a ocorrência do impacto induz a ocorrência de outro(s) impacto(s).

**induzido:** nos casos em que a ocorrência do impacto seja induzida por outro impacto.

**sinérgico:** nos casos em que há potencialização nos efeitos de um ou mais impactos em decorrência da interação espacial e/ou temporal entre estes.<sup>11</sup>

O teor dos conceitos supra consignados denota o caráter emergencial e inarredável quanto à regulação das análises da interação dos impactos, valendo trazer à colação algumas apurações que sucederam relevantes constatações colecionadas por Rachel Carson, em seu emblemático livro *Primavera Silenciosa*:

O efeito de um agente químico de natureza supostamente inofensiva pode ser drasticamente alterado pela ação de outro. Um dos melhores exemplos disso é um parente próximo do DDT chamado metoxicloro. [...] **Como esse agente não permanece armazenado em grandes quantidades quando o contato se dá exclusivamente com ele, dizem-nos que o metoxicloro é um agente químico inofensivo. Mas isso não é necessariamente verdade. Se o fígado tiver sido afetado por outro agente, o metoxicloro ficará armazenado no corpo em uma proporção cem vezes maior do que a normal, e imitará, então, o DDT, exercendo efeitos de longa duração sobre o sistema nervoso.**<sup>12</sup>

‘Primavera Silenciosa’, publicação seriada da revista *The New Yorker*, a seguir publicada na forma de livro (1962) implantou um novo paradigma, e o fez num momento marcado pela ascensão tecnológica e nuclear do pós-guerra, período de tímido enaltecimento da biologia e discretos espaços para uma mulher. A repercussão foi de tal monta que o jornal *The New York Times* proclamou que ‘A Primavera silenciosa se transformou em um verão ruidoso’.<sup>13</sup>

Carson desperta a atenção para a interação de elementos que, não obstante isoladamente serem inofensivos, possam resultar substâncias perigosas:

Em lagos e rios de todos os lugares, na presença catalisadora do ar e da luz do sol, que substâncias perigosas podem nascer, geradas por produtos químicos rotulados como “inofensivos”?

<sup>11</sup>Disponível em: < <http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf> > Acesso em: 27 abr. 2017

<sup>12</sup>CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San't Anna Martins. São Paulo: Gaia. 2016, p.168-169.

<sup>13</sup>Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/resenhas/primavera-silenciosa.htm>> Acesso em: 27 abr. 2017



Sem dúvida, um dos aspectos mais alarmantes da poluição química da água é o fato de – em rios, lagos ou reservatórios, ou até mesmo nos copos de água servidos à sua mesa de jantar – estarem misturadas substâncias químicas que nenhum químico responsável pensaria em combinar em seu laboratório. As interações possíveis entre esses produtos misturados livremente são demasiado perturbadoras para as autoridades do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, que têm expressado o temor de que a produção de substâncias prejudiciais a partir de agentes químicos comparativamente inócuos possa estar ocorrendo em uma escala bastante ampla.<sup>14</sup>

Os dados apresentados são inquietantes. Incontroverso que o potencial danoso da interação de impactos é de crucial interesse, requerendo atuação dos órgãos ambientais, que devem reservar maior afinho à normatização do tema que reclama dedicação à cautela, medida e providência. É de se sublinhar que a compreensão do direito ambiental, conforme externado pelo jurista Michel Prieur, repousa no instituto da precaução. Prieur leciona que ‘o Direito do ambiente é constituído por um conjunto de regras jurídicas relativas à proteção da natureza e à luta contra as poluições’<sup>15</sup>, reforçando a importância do tempo, de providências antecipadas aos fatos que possam desencadear sequelas.

Com efeito, para atender à precaução, o Poder Público deve normatizar e impor estudos que desvendem os impactos cumulativos e sinérgicos, as respectivas medidas acautelatórias, e as ações remediadoras nos cenários acidentários.

Conforme bem assentado por Rachel Carson, ‘a população precisa decidir se deseja continuar no caminho atual, e só poderá fazê-lo quando estiver em plena posse dos fatos. Nas palavras de Jean Rostand, “a obrigação de suportar nos dá o direito de saber”’.<sup>16</sup> Notadamente, o trilho em que caminhamos desafia a vida. Ulrich Beck informa a grandeza dos riscos da sociedade moderna, aduzindo advertências:

Pobre em catástrofes históricas este século na verdade não foi: duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, logo Harrisburg e Bhopal, e agora Chernobyl. Isso exige precaução na escolha das palavras e aguça o olhar para singularidades históricas. Todo o sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos “outros” – judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc. De um lado, havia cercas, campos, distritos, blocos militares e, de outro, as próprias quatro paredes – fronteiras reais e simbólicas, atrás das quais aqueles que aparentemente não eram afetados podiam se recolher. Isso tudo continua a existir e, ao mesmo tempo, desde Chernobyl, deixou de existir. É o fim dos “outros”, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. *A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear.*

---

<sup>14</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San’t Anna Martins. p.51.

<sup>15</sup> PRIEUR, Michel *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.91.

<sup>16</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San’t Anna Martins. p.28.

[...] A admissão de uma contaminação nuclear *perigosa* equivale à admissão da *inexistência de qualquer saída possível* para regiões, países ou continentes inteiros.<sup>17</sup>

Ulrich Beck<sup>18</sup> assevera que ‘na modernidade desenvolvida’ [...] emerge um novo modelo de destino “adscrito” em função do perigo, do qual nenhum esforço permite escapar.’ O autor realça que ‘não se vê nele a desigualdade dos estamentos (nem grupos marginais, nem diferença entre campo e cidade ou de origem nacional ou ética, e por aí afora).’ Comungando com as dimensões da exposição do homem aos riscos Carson reflete que a Declaração dos Direitos Humanos não contém dispositivos que assegurem a proteção do cidadão contra os venenos letais, porque os antepassados não puderam conceber tamanho problema. Considera que ‘as gerações futuras provavelmente não perdoarão nossa falta de preocupação prudente com a integridade do mundo natural que sustenta toda a vida.’<sup>19</sup>

Bem de ver que Carson, na década anterior ao advento do Princípio da Precaução, observa os riscos criados, descrevendo casos concretos de impactos aos elementos do ecossistema e ao homem, apontando a necessidade de cautela:

Como o constante gotejar da água que, pouco a pouco, desgasta a pedra mais dura, esse contato do nascimento até a morte com produtos químicos perigosos pode, no fim, revelar-se desastroso. Cada uma dessas exposições recorrentes, não importa quão leve seja, contribui para a acumulação progressiva de produtos químicos em nosso corpo e, assim, para o envenenamento cumulativo.<sup>20</sup>

Nos idos de 1981, Fritjof Capra conclui os longos estudos colecionados na obra ‘O Ponto de Mutação’ que propõe um novo paradigma para que possamos sobreviver ao colapso e ascender o futuro que está para acontecer. No cerne das preocupações reside a crise ambiental, os maus tratos ao sistema ecológico e ao homem. Segundo Capra, estamos submersos em múltiplos riscos para a sadia qualidade de vida, alegando que ‘Ar poluído, ruídos irritantes, congestionamento de tráfego, poluentes químicos, riscos de radiação e muitas outras fontes de estresse físico e psicológico passaram a fazer parte cotidiana da maioria das pessoas.’<sup>21</sup> Para o autor, ‘Os efeitos a longo prazo da excessiva “quimioterapia” na agricultura provaram ser desastrosos para a saúde do solo e das pessoas, para as nossas relações sociais e para todo o ecossistema do planeta’<sup>22</sup>, sinalizando que a doença pode sobreviver em detrimento da vida:

<sup>17</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011, p.7.

<sup>18</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011, p.8.

<sup>19</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San’t Anna Martins. p.24.

<sup>20</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San’t Anna Martins. p.152.

<sup>21</sup> CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. Ed. Cultrix: São Paulo. 2012, p.227-228.

<sup>22</sup> CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. Ed. Cultrix: São Paulo. 2012, p.249.

À semelhança do organismo humano, o solo é um sistema vivo que tem de permanecer em estado de equilíbrio dinâmico para ser saudável. Quando esse equilíbrio é perturbado, ocorre um crescimento patológico de certos componentes – bactérias ou células cancerosas no corpo humano, ervas daninhas ou pragas no campo. A doença sobreviverá e, finalmente, o organismos morrerá ou se converterá em matéria inorgânica. Esses efeitos tornaram-se problemas graves na agricultura moderna por causa dos métodos da lavoura promovidos pelas companhias petroquímicas. Assim como a indústria farmacêutica condicionou médicos e pacientes para acreditarem que o corpo humano necessita de contínua supervisão médica e de tratamento medicamentoso a fim de permanecer saudável, também a indústria petroquímica levou os agricultores a acreditar que o solo necessita de infusões maciças de agentes químicos, supervisionadas por agrônomos e técnicos agrícolas, para se manter produtivo. Em ambos os casos, essas práticas perturbaram seriamente o equilíbrio natural do sistema vivo e geraram, portanto, numerosas doenças.<sup>23</sup>

Em sintonia com o discurso de Carson, Capra dispõe sobre a exposição cumulativa a eventos impactantes:

Nossa principais cidades estão cobertas por camadas de *smog*<sup>\*</sup> sufocante, cor de mostarda. [...] **Essa contínua poluição do ar não só afeta os seres humanos, como também atinge os sistemas ecológicos. [...] No mundo de hoje, o *smog* não é encontrado apenas na vizinhança das grandes cidades, está disperso por toda a atmosfera da Terra, e pode afetar gravemente o sistema global. Os meteorologistas já falam de um véu nebuloso de poluição atmosférica que envolve todo o planeta.**<sup>24</sup>

Ampliando mais as razões para a apreensão, e sinalizando a urgência por medidas de cautela, a bióloga Carson, destaca que as alterações decorrentes da interação de substâncias químicas podem desafiar a detecção pelos processos usuais, alargando a periculosidade, dada a potencial invisibilidade:

Desde que os químicos começaram a fabricar substâncias que a natureza nunca inventou, os problemas com a purificação da água tornaram-se complexos, e o perigo para os que usam a água aumentou. [...] **Quando misturados inextricavelmente ao lixo doméstico e de outras origens despejados na mesma água, essas substâncias químicas às vezes desafiam a detecção pelos processos usuais. Muitas vezes não é possível nem mesmo identificá-las. Nos rios, uma variedade realmente inacreditável de poluentes se combina para produzir depósitos a que os engenheiros sanitários só podem se referir, em desespero, como “gosma”. O professor Rolf Eliassen, do Instituto de Tecnologia de Massachussets, testemunhou perante uma comissão do Congresso a respeito da impossibilidade de prever o efeito somado desses produtos químicos, ou de identificar a matéria orgânica que resultará dessa mistura. “Não fazemos ideia do que é”, disse o professor Eliassen. “Qual é o efeito disso sobre as pessoas? Não sabemos.”**<sup>25</sup>

A invisibilidade subtrai as evidências que possam oportunizar ao homem, a escolha de permanecer ou abandonar a área de influência, além de prejudicar a adoção de medidas de

<sup>23</sup> CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente.** p.245.

<sup>\*</sup> Combinação de fumaça e nevoeiro. (N. do E.)

<sup>24</sup> CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente.** p.23.

<sup>25</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa.** Trad. por Claudia San't Anna Martins. p.47-48.

remediação. A invisibilidade expõe, ainda mais, o homem e a biota ao risco criado, agravando o quadro de danos.

### **3. SOCIALIZAÇÃO DOS DANOS DEFLAGRADOS PELOS IMPACTOS CUMULATIVOS E SINERGÉTICOS QUE, ISOLADAMENTE SUPOSTOS PELO ECOSISTEMA, NÃO RECLAMAM RESPONSABILIDADE**

Álvaro Mirra, considerando as reflexões de Francis Caballero sustenta que ‘a admissão do princípio do limite da tolerabilidade impõem-se, realmente, com um imperativo da vida em sociedade, sendo, ademais, biologicamente aceitável.’<sup>26</sup> O culto magistrado, alinhado à segurança jurídica e estabilidade das relações, leciona:

o dano causado ao meio ambiente, para ser considerado reparável, deve apresentar-se dotado de certeza quanto à sua existência, ainda que a sua manifestação seja futura, em oposição ao dano eventual ou hipotético. Essa certeza, de outro lado, necessária à configuração do dano, depende da ultrapassagem de um determinado limite de tolerabilidade do meio receptor, face às agressões sofridas, a ser aferido em cada caso concreto, sem o que não se há de falar em dano ambiental.<sup>27</sup>

Dessarte, Paulo Affonso Leme Machado<sup>28</sup>, importante especialista em direito ambiental, pautado no desenvolvimento sustentável, sem transmitir prejuízo às demais garantias constitucionais, infere: “Seria excessivo dizer que todas as alterações no meio ambiente vão ocasionar um prejuízo, pois dessa forma estaríamos negando a possibilidade de mudança e de inovação, isto é, estaríamos entendendo que o estado adequado do meio ambiente é o imobilismo, o que é irreal.”

Não obstante as considerações postas, perfeitamente alinhadas aos princípios norteadores do Direito Ambiental e dos Direitos Humanos, os notáveis juristas refletem sobre a necessidade de avançar nos caminhos da proteção dos ecossistemas. Paulo Affonso Leme Machado acrescenta que o sistema de responsabilidade deve ser adaptado para as modalidades de agressões ambientais, sob pena de se legitimar o confisco da qualidade de vida. Como muito bem percebido pelo atento jurista ‘a atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão de poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade.’<sup>29</sup> Não é impróprio concluir

---

<sup>26</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, 2002, p.101

<sup>27</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, 2002, p.239.

<sup>28</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 2001, pág. 323.

<sup>29</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.168.

que a atenção do caro jurista voltou-se para os impactos tratados no presente estudo.

Na tentativa de deslindar a face oculta da responsabilidade civil, alguns Tribunais, nas demandas que envolvem a tutela de direitos difusos, vêm perfilhando a punição pelo mecanismo do instituto dano moral ambiental, solução que nos parece ideológica, tendo em vista que a natureza do dano moral é personalíssima. Note-se que para a manifestação do dano moral, necessário se faz violação de algum atributo da personalidade do homem (art.5º, V e X, CF) que de forma isolada ou coletiva (sujeitos determinados ou individualizáveis) poderá pleitear a verba indenizatória. Parece-nos que eventuais reivindicações pela forma difusa, sufocará a natureza do instituto repercutindo subtração de direitos do titular.

A compensação pelo tempo de supressão da qualidade ambiental, na dimensão difusa, deve ser colhida pela ferramenta do dano social. Essa foi a contribuição que apresentamos na palestra conferida no Encontro Mundial de Juristas de Meio Ambiente para o Rio + 20, solução que nos parece mais adequada investir, ressaltando, com todo o respeito, que não nos alinhamos aos que propugnam pela reversão do dano moral para compensar perda da qualidade ambiental (dano social), porquanto, a nosso ver, a compensação pelo dano social pode ser intentada por outra vertente da dimensão extrapatrimonial da responsabilidade.

Maria Celina Bodin de Moraes ao fazer leitura civil-constitucional dos danos morais, demonstra os critérios constitutivos da 'função punitiva (ou exemplar)'. Vejamos:

A tese da função punitiva da reparação do dano moral, embora não adotada pelo legislador ordinário, vem encontrando, surpreendentemente, numerosos adeptos no Brasil, tanto em doutrina como na jurisprudência atual.

De fato, não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo.<sup>30</sup>

Conforme sublinhado pela autora em comento, não há no Código Civil autorização para a punição civil, e o art.16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, que tentou instituir a punição por danos foi vetado na fase de promulgação do Código.<sup>31</sup> Neste diploma, restou contemplada a multa estabelecida no art.56, Inciso I, cuja destinação, na forma do disposto no art.57, é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de

---

<sup>30</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p.217-219.

<sup>31</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p.329.

1985, e tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico (art.1º Decreto 1306/1994).

Por outro lado, José Afonso da Silva vislumbra a atenuação do relevo do nexo causal nos seguintes termos:

Nem sempre é fácil determinar o responsável. Sendo apenas um foco emissor, a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da atenuação do relevo do nexo causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade.<sup>32</sup>

Parece-nos mais apropriado, promover um diálogo sobre possibilidades de desenhos de um novo marco regulatório que responda à perda da qualidade ambiental em função de danos resultantes de impactos cumulativos e sinérgicos, que consistem em interações de tensões previstas e imprevistas, emanadas de fontes diversas, ao longo do tempo, e que afetam as funções ambientais.

O art.36<sup>33</sup> da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei 9.985/2000) representa uma mudança de paradigma, sinalizando a busca por caminhos destinados ao fim da socialização do dano, muito embora a motivação do legislador para a criação da verba compensatória não se coaduna com nossas reflexões<sup>34</sup> que se pautam na indenização que corresponda a um dano efetivo. Vale transcrever parte do voto exarado pelo Ministro Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3.378/DF contra o art.36 da citada Lei:

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.217.

<sup>33</sup> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação. § 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

<sup>34</sup> Merece destaque o voto do Min. Marco Aurélio, na ADI 3.378/D.F. contra o art.36 da Lei do SNUC: “Não posso, por mais que me esforce, por mais que seja tentado a votar no sentido da preservação do meio ambiente, imaginar indenização sem dano. Não posso inverter a ordem natural das coisas, que tem força maior, e plácitar a criação de verba indenizatória sem a verificação do dano.”

Não posso, por mais que me esforce, por mais que seja tentado a votar no sentido da preservação do meio ambiente, imaginar indenização sem dano. Não posso inverter a ordem natural das coisas, que tem força maior, e placitar a criação de verba indenizatória sem a verificação do dano.<sup>35</sup>

Buscando novos marcos na esfera penal, Lothar Kuhlen propôs a responsabilidade penal para os delitos de acumulação (*kumulationsdelikte*), que se referem às lesões ambientais causadas por impactos cumulativos provenientes de fontes distintas que, isoladamente, para cada um dos autores dos lançamentos, representam delito de perigo abstrato. Conforme anotado por Lothar Kuhlen, o tipo penal de acumulação “não exige que uma conduta individual leve a uma lesão ou colocação em perigo, mas somente que pertença a um *tipo* de condutas que, se fossem realizadas em grande número, causariam uma lesão ou colocação em perigo.”<sup>36</sup>

Segundo Helena Regina Lobo da Costa<sup>37</sup>, a proposta de Kuhler, inspirada no resultado, recebeu novos contornos por Wohlers através do conceito de *freeloader* que refere-se ao *indivíduo que não segue as regras* para a tutela de um determinado bem jurídico e, uma vez que todos os seguem, tomaria vantagem dos seus co-cidadãos, explorando-os. Desta feita, o alvo sai do dano e se volta para o descumprimento de normas de proteção. Frisando a insignificância e a falta de conteúdo material do ilícito, Helena Costa referindo-se a Matthias Daxenberger, sustenta:

o fundamento elementar de um direito penal da culpa consiste na ideia de que o crime é tido como produto de determinado indivíduo, a quem será imputada a conduta. O delito de acumulação perverte esta concepção, já que o resultado não é imputável ao agente, dependendo do contexto, da conduta de outras pessoas não ligadas ao agente e de variáveis futuras e incertas. Em outras palavras, é substituído por um potencial contexto de perigosidade.<sup>38</sup>

Em que pese o insucesso das propostas na esfera penal, estes estudiosos desenharam um horizonte, que enseja estudos aprofundados que possam oferecer um esboço útil no campo da responsabilidade civil, de modo que os lançamentos insignificantes isoladamente, passem a repercutir responsabilidade, a partir do momento que o somatório dos impactos viole o direito de outrem. Em nossa reflexões, vislumbramos que as sementes para a reflexão, podem ser extraídas do art.927 c/c art.187<sup>39</sup> da Lei 10.406/2002 e do art.14, §1º, Lei 6.938/1981<sup>40</sup> que, por força do

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>36</sup> KUHLE, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewasserverunreinigung (§324 StGB). *Goltdammer's Archiv fur Strafrecht*, Heidelberg, ano 133, p.390, 1986 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

<sup>37</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**, p.60-61.

<sup>38</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**, p. 62.

<sup>39</sup> Art.187 CC/2002: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

<sup>40</sup> §1º art.14, Lei 6.938/81 - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados

conceito de poluidor inserido no art.3º, IV<sup>41</sup>, adota a responsabilidade solidária, ampliando o rol dos sujeitos responsáveis.

A matéria sugere estudos que resolvam a perda da qualidade e vida, imposta pela socialização das externalidades negativas por aquele que, por vias indiretas, se apropria, dos recursos naturais. A distribuição dos riscos não tem equivalência com a distribuição dos lucros, e causa sofrimento ao ecossistema e ao homem que foi desapropriado da qualidade ambiental. Ulrich Beck pondera que ‘aos problemas e conflitos distributivos da sociedade de escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos-tecnologicamente produzidos.’<sup>42</sup>

Nesse passo, em busca de ferramentas mais satisfatórias para o enfrentamento dos danos resultantes de impactos cumulativos e sinérgicos, que pelo sistema atual, ninguém responde, porque individualmente não representa dano, vem à mente a seguinte missiva do aclamado jurista Michel Prieur:

nosso ambiente está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, imaginando sistemas de prevenção ou de reparação adaptados a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna. Então o direito do ambiente mais do que a descrição do Direito existente é um Direito portador de uma mensagem, um Direito do futuro e da antecipação, graças ao qual o homem e a natureza encontrarão um relacionamento harmonioso e equilibrado.<sup>43</sup>

Importantíssimo aceder que muita moderação deve guiar eventuais manifestações legislativas para que não se cometa o desacerto de responsabilizar dano hipotético. Eventuais construções legislativas devem ser alicerçadas em bases seguras, que não rompa com os pilares do direito, intentando-se inaugurar indenização sem erupção de dano, que deve ser certo e subsistente para que se suceda a reparação. Nesse sentido vale trazer à colação trecho da ementa do Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial REsp 965.758/RS que assim decidiu:

Os arts. 1059 e 1.060 exigem dano “efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi

---

por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

<sup>41</sup> IV, art.3º, Lei 6.938/81 - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

<sup>42</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011, p.23.

<sup>43</sup> PRIEUR, Michel apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.91.



ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível.<sup>44</sup>

É essencial que as investidas não percam de vista as orientações da Declaração do Rio de Janeiro que acentua a necessidade da gestão dos ecossistemas em sintonia com o desenvolvimento, o que afasta qualquer proposta radical de absoluta não intervenção do homem na natureza, não se mostrando viável conceber o retorno ao antigo e o romântico ideal dos ecologistas, de sacralização da natureza, que Álvaro Mirra<sup>45</sup> sabiamente traz à memória.

Na seara da responsabilidade civil, adicionar à compensação pelo tempo de privação da qualidade ambiental (dano social), um mecanismo apropriado, seguro, estável e justo para a reparação dos danos advindos do somatório de lançamentos insignificantes, pode representar a substituição, ou ao menos a redução da compulsória socialização das externalidades.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme assentado, o princípio da precaução é próprio para impor estudos atribuídos para a identificação de impactos, de modo que se possa revesti-los de medidas de contenção. Consequentemente, com vistas ao desenvolvimento sustentável, às análises próprias da fase em que se realiza a precaução, devem ser incluídos os estudos das propriedades cumulativas e sinérgicas dos impactos, que urgem pautar os processos decisórios de políticas de desenvolvimento, reduzindo a socialização dos danos. Os estudos ambientais desenvolvidos no licenciamento ambiental e no estudo de impacto ambiental, devem devassar tal profundidade de estudos, e por conseguinte, ordenar mais eficazmente as medidas mitigatórias condicionantes para a concessão da licença, evadindo práticas indesejáveis que possam repercutir negativamente na sadia qualidade de vida.

Na hipótese de eventos acidentários, a completude dos estudos disponibiliza informações indiciárias do nexo causal do dano, funcionando como indicadores da prova necessária para resolver a lide, podendo ser explorados para orientar na distribuição da carga probatória<sup>46</sup>, contribuindo para a efetividade do poluidor pagador.

<sup>44</sup> REsp 965.758/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 19/8/2008, DJe 3/9/2008.

<sup>45</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. Cit., pág.101

<sup>46</sup> Art.373, CPC/15: O ônus da prova incumbe: [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A sociedade civil e política deve propugnar pela maior amplitude das análises. A matéria carece de melhor disciplina e consequente efetividade na esfera do licenciamento ambiental. Capra salienta que o conhecimento foi desenvolvido para eventos altamente complexos enquanto esquecemos da qualidade de vida.

Podemos controlar os pousos suaves de espaçonaves em planetas distantes, mas somos incapazes de controlar a fumaça poluente expelida por nossos automóveis e nossas fábricas. Propomos a instalação de comunidades utópicas em gigantescas colônias espaciais, mas não podemos administrar nossas cidades.<sup>47</sup>

Para a realização do desenvolvimento sustentável, os impactos cumulativos e sinérgicos devem ser efetivamente considerados no licenciamento, aprimorando-se a devida precaução, o que significa a sustentabilidade no desenvolvimento. Isto posto, devemos à humanidade, um esforço pela concentração de pesquisas que tragam a efetividade da precaução, em prol do desenvolvimento sustentável que nos assegure a sadia qualidade de vida.

Demais disso, a academia pode contribuir significativamente com estudos voltados para a concepção de horizontes de responsabilidade civil para os danos atrelados à multicausalidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGRELLI, Vanusa Murta. A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

\_\_\_\_\_. In: Licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos: a insubsistência do licenciamento duplo e a inaplicabilidade da Resolução CONAMA n.13/90. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio (Coords). **Cidade, direito e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

\_\_\_\_\_. In: **Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e do Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012** / Coord. Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado – 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011.

---

<sup>47</sup> CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. p.41.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San't Anna Martins. São Paulo: Gaia. 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KUHLER, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewasserverunreinigung (§324 StGB). *Goltdammer's Archiv fur Strafrecht*, Heidelberg, ano 133, p.390, 1986 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2015.

PRIEUR, Michel *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

#### **Endereços eletrônicos consultados:**

ADI 3378-6 DF. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

NOTA TECNICA 10/2012 CGPEG/DILIC/IBAMA. Disponível em: <

<http://xa.yimg.com/kq/groups/18922045/1712909474/name/NTAIA.pdf> > Acesso em: 27 abr. 2017

Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/resenhas/primavera-silenciosa.htm>> Acesso em: 27 abr. 2017

**Documento consultado:**

Recurso Especial - REsp 965.758/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 19/8/2008, DJe 3/9/2008.